

J. rom. m.

1126f

T. von. m.

112 f

Coels

DIE LEHRE
von
der sogenannten Conversion
eines unwirksamen Testaments
in ein wirksames Codizill
nach gemeinem Rechte.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doctorwürde
bei der
juristischen Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn
vorgelegt und mit den beigefügten Thesen vertheidigt
am 23. Juli 1879,

von
Franz Freiherrn von Coels,
Landgerichtsreferendar.

Opponenten:
C. Craemer, Landgerichtsreferendar.
Dr. Frhr. v. Hoiningen gen. Huene, Landgerichtsreferendar.

Bonn,
Universitäts-Buchdruckerei von Carl Georgi.
1879.

A

DIE KETTE

1797

der sogenannten Conversion

aus dem westlichen Testamente

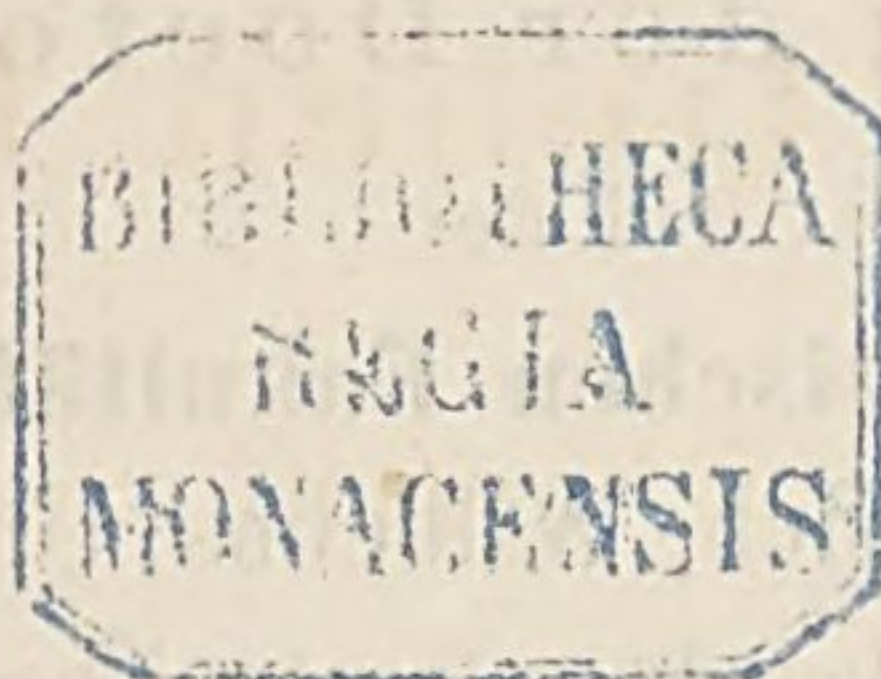
in ein westliches Codex

nach neuesten Regeln

ausgegeben

von

FRANZ FREIHERRN VON GÖTTLICH



der Universität Bonn

ausgegeben

am 15. Juli 1797

von

FRANZ FREIHERRN VON GÖTTLICH

ausgegeben

Opusculum

des Herrn von Göttlich

in Bonn

Bonn

Verlag des Verlegers von Carl Götting

1797

Meinen lieben Eltern.

Mein lieber Vater

Mein lieber Vater

Inhalts-Verzeichniss.

	Seite
§ 1. Einleitung	7
I. Die Voraussetzungen der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill.	
§ 2. 1. Ueberhaupt	12
2. Besprechung zweier wichtiger Fragen aus dieser Lehre.	
A. Welche unwirksamen Testamente können überhaupt in ein wirksames Codizill convertirt werden?	
§ 3. Im Allgemeinen	23
§ 4. Kann insbesondere ein Testament, welches wegen Verletzung des Rechts eines Notherben ungültig ist, in ein wirksames Codizill convertirt werden?	33
B. Die Codizillarklausel.	
§ 5. Ihre Form	42
§ 6. Wille bei der Codizillarklausel	55
§ 7. Fortsetzung	63
II. Die Art und Weise der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill.	
§ 8. Ueberhaupt	67
§ 9. Insbesondere von den Rechtsmitteln, welche zur Aufrechterhaltung eines unwirksamen Testaments dienen, im Falle der Conversion dieses	75
III. Interpretation der l. 8 pr. § 1 und 2 C. de cod.	
§ 10.	78

Inhalts-Verzeichniss

Seite	
7	§ 1. Einleitung
	I. Die Voraussetzungen der Conversion eines unwirksamen Testaments zu ein wirksames Geschäft
12	§ 2. I. Ueberhaupt
	A. Bestimmung welcher rechtsgewaltigen Thatsachen aus diesem Gesetz
	B. Welche ausserkannten Testamente können überhaupt in ein wirksames Geschäft convertirt werden?
28	§ 3. Im Allgemeinen
	§ 4. Kann insbesondere ein Testament, welches wegen Verletzung des Rechts eines Notherben ungültig ist, in ein wirksames Geschäft convertirt werden?
38	B. Die Gültigkeit
	§ 5. Ihre Form
42	§ 6. Willkür bei der Gültigkeit
56	§ 7. Fortsetzung
63	II. Die Art und Weise der Conversion eines unwirksamen Testaments zu ein wirksames Geschäft
	§ 8. Ueberhaupt
67	§ 9. Insbesondere von den Rechtsmitteln, welche zur Aufhebung der Conversion dienen
75	III. Interpretation der 1. 2. 3. 4. 5. 6. 7. 8. 9. 10. 11. 12. 13. 14. 15. 16. 17. 18. 19. 20. 21. 22. 23. 24. 25. 26. 27. 28. 29. 30. 31. 32. 33. 34. 35. 36. 37. 38. 39. 40. 41. 42. 43. 44. 45. 46. 47. 48. 49. 50. 51. 52. 53. 54. 55. 56. 57. 58. 59. 60. 61. 62. 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69. 70. 71. 72. 73. 74. 75. 76. 77. 78. 79. 80. 81. 82. 83. 84. 85. 86. 87. 88. 89. 90. 91. 92. 93. 94. 95. 96. 97. 98. 99. 100.
78	§ 10.

§ 1. Einleitung.

Eine Willenserklärung, welche auf die Entstehung, Aenderung oder Endigung eines Rechts gerichtet ist, dieselbe aber irgend eines Mangels wegen nicht zu bewirken vermag, d. h. ein unwirksames Rechtsgeschäft¹⁾ wird bisweilen allen

1) Da der Begriff Rechtsgeschäft bei den verschiedenen Rechtslehrern verschieden gelehrt wird, ist es nicht überflüssig anzugeben, dass in der folgenden Arbeit überall der von Windscheid in § 69 seines Lehrbuchs aufgestellte Begriff adoptirt ist. Windscheid versteht unter einem Rechtsgeschäft eine auf die Entstehung, den Untergang oder die Veränderung von Rechten gerichtete Privatwillenserklärung. Die Vertheidigung dieser Definition möge man bei ihm selbst a. a. O. Note 1 nachlesen. Hier möchte ich nur hervorheben, dass ein Rechtsgeschäft eine auf die Entstehung u. s. w. gerichtete Willenserklärung ist, dass also für den Begriff des Rechtsgeschäfts Nichts darauf ankommt, ob durch dasselbe die Rechtsänderung, worauf es gerichtet war, wirklich herbeigeführt worden ist oder nicht; ferner noch, dass jede Willenserklärung in so fern sie nur eine Rechtsänderung im Auge hat, ein Rechtsgeschäft ist, auch wenn sie ganz formlos ist, ja sogar wenn sie dem Willen die betreffende Rechtsänderung durch dieselbe zu bewirken ihr Dasein nicht verdankt. So stimme ich also der von Römer (s. Note 3) aufgestellten Maxime, dass ein Rechtsgeschäft die Uebereinstimmung zwischen Willenserklärung und dem Willen selbst sei nicht bei. Nur zur Gültigkeit eines Rechtsgeschäfts ist diese Uebereinstimmung erforderlich; mit dem Dasein eines Rechtsgeschäfts hat aber seine Gültigkeit Nichts zu schaffen. Die von uns adoptirte Begrenzung des Begriffs Rechtsgeschäft gewährt den grossen praktischen Nutzen auch alle auf eine Rechtsänderung gerichtete Willenserklärungen, welche ihren Zweck nicht erreichen, mit dem

Anforderungen genügen, welche das Recht für ein andres wirksames Rechtsgeschäft aufstellt. So wird es z. B. sehr oft vorkommen, dass eine unwirksame Stipulation alle rechtlichen Erfordernisse eines nudum pactum, ein nach dem Rechte der acceptilatio ungültig abgeschlossener Erlassvertrag alle rechtlichen Erfordernisse eines wirksamen pactum de non petendo an sich trägt, oder dass ein nichtiger Wechsel die für die Wirksamkeit eines Schuldscheins, ein von einem Soldaten nach gemeinem Rechte ungültig errichtetes Testament die für die Wirksamkeit eines Militär-Testaments vom Rechte vorgeschriebenen Bedingungen erfüllt²⁾. Dass in einem solchen Falle die Willenserklärung, welche sich uns zunächst als ein unwirksames Rechtsgeschäft darstellt, als das andre wirksame Rechtsgeschäft zur Geltung kommt, dessen Bestandtheile sie aufweist, ist rechtlich gar nichts Besonderes. Denn sobald dieselbe allen Vorbedingungen, die das Recht für die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts aufstellt, genügt, ist sie eben dieses Rechtsgeschäft und zwar in wirksamer Gestalt. Bemerkenswerth ist dabei nur der Umstand, dass eine und dieselbe Willenserklärung zu gleicher Zeit sich als ein unwirksames und ein wirksames Rechtsgeschäft, darstellt, dass sie, wenn wir so sagen dürfen, zwei Gesichter trägt, wovon eins und zwar das uns zugekehrte Maske, das andre wahre unsrem Blick verborgen ist. Dieser Eigenthümlichkeit sind mehrere rechtliche Besonderheiten zuzuschreiben, welchen der charakterisirte Vorgang wiederholte juristische Besprechung verdankt. Dabei wird derselbe in neuerer Zeit gewöhnlich Conversion, conversio actus iuridici, seine Besprechung die Lehre von der Conversion genannt³⁾.

Ausdruck Rechtsgeschäft bezeichnen, also überhaupt von unwirksamen oder ungültigen Rechtsgeschäften reden zu dürfen.

2) Fast alle diese Fälle findet man bei Römer (s. Note 3) besprochen; über den zuletzt genannten s. l. 3 D. de test. mil. XXIX 1.

3) Die Lehre von der Conversion behandelt insbesondere Römer im civilistischen Archiv Bd. XXXVI Nr. 4.

Der speziellen Anwendungsfälle dieser Conversion sind ausser den bereits erwähnten noch manche denkbar. Der interessanteste und am häufigsten vorkommende ist aber wohl der Fall der Conversion eines unwirksamen Testaments, welches allen Anforderungen eines wirksamen Codizilles genügt, in ein solches⁴⁾. Die Besprechung sowohl der für die Conversion überhaupt geltenden Grundsätze in ihrer Anwendung auf diesen Fall, als auch der auf denselben ausschliesslich bezüglichen rechtlichen Bestimmungen soll die Aufgabe der gegenwärtigen Arbeit sein.

Diese Aufgabe zerfällt nun in zwei Theile, nämlich in die Frage, wann die Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill stattfindet, und in die Frage, wie diese Conversion vor sich gehe. Dem entsprechend zerfällt auch die nachfolgende Arbeit in zwei Theile, von denen der erste von den Voraussetzungen der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill handelt, während der zweite sich mit der Art und Weise dieser Conversion beschäftigt. Wenn dann noch ein besonderer dritter Theil die Interpretation der l. 8 pr. § 1. 2 C. de cod. VI 36 unternimmt, so geschieht dies nicht, weil die in dieser Gesetzesstelle getroffenen Bestimmungen ausserhalb der Beantwortung unsrer beiden Fragen liegen — sie müssten streng

4) Einer Stelle, die sich mit diesem Falle befasst, ist, wie es den Anschein hat, der Ausdruck Conversion entnommen. In dieser Stelle — es ist l. 19 pr. § 1 D. de test. mil. XXIX 1 — finden sich die Worte in causam fideicommissi et codicillorum vim prioris testamenti convertisse und später ist noch von einem testamentum in eam causam conversam die Rede. Die Wahl des Ausdrucks Conversion zur Bezeichnung des im Texte geschilderten Vorgangs war keine glückliche; eine Umwandlung des unwirksamen Rechtsgeschäftes findet ja gar nicht statt. Trotzdem bedienen auch wir uns im Folgenden dieses Ausdrucks, weil derselbe nach den gegebenen Auseinandersetzungen nicht mehr missverstanden werden kann und wir einen bessern, den wir an seine Stelle setzen könnten, nicht besitzen.

genommen im ersten Theil der Arbeit behandelt werden —, sondern, weil dieselben eine isolirte Stellung im Rechtssystem einnehmen und nicht unbedeutende Schwierigkeiten darbieten, welche sie zu einer gesonderten Behandlung vorzüglich empfehlen.

An Aussprüche der justinianeischen Rechtsbücher kann sich die folgende Arbeit nur in beschränktem Maasse anlehnen, weil ihr Gegenstand in denselben nur gelegentlich und dabei manchmal in nicht unzweideutigen Stellen berührt wird⁵⁾, auch die Praxis, welche bezüglich der meisten im Folgenden besprochenen Streitfragen noch eine schwankende ist⁶⁾, bietet nur wenig Anhaltspunkte; um so reicheres Material lässt sich aber aus der unter dem Texte angeführten Litteratur⁷⁾ schöpfen, deren grosse Fülle beweist, dass unser

5) Die Stellen der justinianeischen Rechtsbücher, welche sich mit unsrem Thema beschäftigen, sind folgende: § 3 J. quib. mod. test. infirm. II 17, l. 13 D. de inoff. test. V. 2, l. 29 pr. §. 1 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1, l. 2, l. 12 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3, l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. XXVIII 6, l. 3, l. 19 pr. § 1 D. de test. mil. XXIX 1, l. 6 pr. D. si quis om. causa XXIX 4, l. 1, l. 2 § 4, l. 13 § 1 D. de iure cod. XXIX 7, l. 77 § 23, l. 88 § 17 D. de leg. II, l. 9, l. 11 § 1, l. 36 D. de leg. III, l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1, l. 24 § 11, l. 38 D. de fid. lib. XL. 5, l. ult. C. fam. ere. III 36, l. 21 § 5 C. de test. VI 23, l. 1, l. 8 pr. § 1. 2 C. de cod. VI 36, l. 14, l. 29 C. de fideic. VI 42, l. 11 C. de man. test. VII 2, l. 1 C. de fid. lib. VII 4. Ausser diesen Stellen sind auch noch mehrere andre, welche sich nicht unmittelbar auf die Lehre von der Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codicill beziehen, für die nachstehende Arbeit von Bedeutung und in derselben zu erörtern; es sind insbesondere Stellen, welche sich mit der Lehre von den Codizillen beschäftigen.

6) Man vergl. z. B. Seuffert's Archiv V 204 und VIII 71; ferner III 355, V 205, VII 70, X 274 und Strippelmann Entsch. des O.-A.-G. zu Cassel II S. 334 fgg.

7) Unser Thema behandeln: Fabius Turretius, tractatus de codicillaris clausulae effectibus et defectibus Colon. Agr. 1596; Chiflet, de iure fideicommissorum lib. III cap. 1 sqq. (in Ottonis

Thema von den Schriftstellern des Mittelalters und der Neuzeit nicht ohne Liebhaberei behandelt worden ist⁸⁾).

thesauro V pag. 817 sqq.); Stryk, de clausula codicillari Trif. 1670. (in diss. tom. I Nr. 18); Hellfeld, de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adiecto (in opusc. et diss. iur. civ. priv. Nr. XVIII); Tauchert, de claus. codicillari Hal. 1822; Sickel (praes. Eynert) de vi claus. codicillaris in testamento nullo Lips. 1829; Mühlenbruch, Rechtliche Beurtheilung des Städel'schen Beerbungsfalles; Seuffert, Einige Bemerkungen über die Codizillarklausel; Franke, Recht der Notherben § 33; Rosshirt, die Lehre von den Vermächtnissen I S. 45 fgg.; Degener in der Giessener Zeitschrift XVIII 13; Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XXXV S. 364 fgg., Bd. XXXVII S. 368 fgg.; Fein in Glück's Commentar Bd. XXXV S. 184 bis zum Schluss; Heimbach im Rechtslexikon X S. 989 fgg.; Puchta, Lehrbuch § 534 Note 1; Archiv für praktische Rechtswissenschaft V S. 92 fgg.; Unger, österr. Privatrecht § 56 Anm. 5; Mayer, die Lehre von den Legaten §. 23—28; v. Vangerow, Lehrbuch Bd. II §. 527; Windscheid, Lehrbuch § 631; Vering, Erbrecht S. 704. In dieser Aufzählung sind die heute noch wichtigen unser Thema behandelnden Schriften sämtlich enthalten, die neuern überhaupt fast sämtlich. Von den nicht angeführten Abhandlungen werden noch mehrere im Laufe der Arbeit erwähnt werden, die andern kann, wer daran Interesse hat, bei den in dieser Note angeführten Schriftstellern, insbesondere bei Fein finden.

8) Wie man aus der vorigen Note ersieht, weisen fast alle Abhandlungen, welche sich mit dem von uns besprochenen Stoff beschäftigen, in ihrem Titel das Wort Codizillarklausel auf; auch bei der Besprechung des Stoffes gehen sie stets von dieser Codizillarklausel aus. Warum gegenwärtige Arbeit von diesem Gebrauche abweicht, lässt sich nicht mit wenigen Worten vertheidigen, sondern muss in ihr selbst seine Rechtfertigung finden. Ich glaube, dass die herkömmliche Darstellungsweise die Klarheit und Uebersichtlichkeit sehr beeinträchtigt. Die Codizillarklausel ist nur ein nebensächlicher Punkt in der Lehre von der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill; freilich ein nebensächlicher Punkt, über den sich mehr sagen lässt, als über manche andere von grösserer Bedeutung. Hierdurch kann aber nicht rechtfertigt werden die Voranstellung desselben bei der Abhandlung der ganzen Lehre, die so einen falschen Charakter aufgedrückt erhält.

I. Die Voraussetzungen der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill.

§ 2. 1. Ueberhaupt.

Die Frage, wann die Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codizill stattfinde, können wir im Allgemeinen bereits auf Grund des in § 1 Gesagten beantworten. Wir haben dort gesagt, dass eine Willenserklärung, die sich als ein unwirksames Rechtsgeschäft darstellt, dann als ein andres wirksames Rechtsgeschäft aufrecht erhalten werde, wenn sie allen vom Rechte für die Wirksamkeit dieses Rechtsgeschäfts aufgestellten Anforderungen genüge. Demnach ist zur Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein Codizill erforderlich¹⁾:

1. dass eine Willenserklärung vorliege, welche sich als unwirksames Testament darstellt. Unter einem unwirksamen Testamente verstehen wir ein solches, welches keine Wirkung hat und in Zukunft keine mehr haben kann, oder ein solches, welches zwar zunächst von Wirksamkeit gewesen ist, sich aber als untüchtig erweist den thatsächlichen Zustand, worauf es gerichtet ist, herbeizuführen. Mit letzterem Passus sind gemeint die durch Anfechtung beseitigten Testamente, welche vom Rechte als von Anfang an ungültig und unwirksam fingirt werden²⁾. Damit eine Willenserklärung ein unwirksames Testament sei, ist übrigens nicht nöthig, dass sie gar nicht rechtlich in Betracht komme, sie darf nur

1) Eine grosse Zahl der in diesem Paragraphen gemachten Bemerkungen lässt sich verallgemeinern und auch auf die Conversion andrer unwirksamer Rechtsgeschäfte anwenden.

2) Vgl. Windscheid § 82 insbes. Note 7.

in Ansehung ihres hauptsächlichen Inhalts d. h. der Erbeseinsetzung nicht zu Recht beständig sein³⁾).

Warum wir von der Conversion eines unwirksamen Testamentes reden, nicht von der eines nichtigen oder ungültigen, wie in der Regel geschieht, ist nicht schwer zu rechtfertigen. Einmal kann nämlich ein Testament, welches nicht unwirksam ist d. h. also ein wirksames⁴⁾ Testament oder doch ein solches, welches noch wirksam werden kann, niemals in ein wirksames Codizill verwandelt werden; denn eine und dieselbe Willenserklärung kann niemals zu gleicher Zeit ein wirksames Testament und ein wirksames Codizill darstellen d. h. die Succession in einen und denselben Nachlass auf zweierlei Weise regeln. Ferner kann aber grundsätzlich jedes unwirksame Testament convertirt werden; denn die Unwirksamkeit eines Testamentes an und für sich — abgesehen von ihrem Grunde — hindert niemals, dass das Testament alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzt, also auch in ein solches verwandelt werde.

3) Vgl. Mühlenbruch in Glück's Commentar Bd. XXXVIII S. 118. Ist die Erbeseinsetzung in einem Testamente nicht zu Recht beständig, so ist das ganze Testament nichtig; doch werden bisweilen ausnahmsweise kraft besonderer rechtlicher Bestimmung einige Verfügungen des nichtigen Testamentes aufrecht erhalten z. B. durch das *edictum si quis omissa causa*, das *edictum de legatis praestandis* u. s. w.

4) Zu den wirksamen Testamenten gehört auch dasjenige, welches durch eine Thatsache, die seine Wirkung, nicht das Rechtsgeschäft selbst trifft z. B. durch eine eingetretene Verjährung an der Verwirklichung der ihm entsprechenden faktischen Zustände gehemmt wird. Vgl. Windscheid § 82. Denn ein solches Testament hat Rechte geschaffen, dass dieselben vielleicht ohne überhaupt ausgeübt worden zu sein und einen ihnen entsprechenden thatsächlichen Zustand geschaffen zu haben, durch eine mit ihrem Entstehungsgrunde auf keine Weise zusammenhängende juristische Thatsache wieder untergegangen sind, hat mit der Wirksamkeit des Testaments Nichts zu thun.

Unrichtig ist es daher, nur ungültige Testamente als convertirbar anzuerkennen, wenigstens wenn wir mit Windscheid⁵⁾ unter einem Testamente, welches allen rechtlichen Anforderungen entspricht, aber doch in einem speziellen Falle nicht wirksam wird, weil es in demselben nicht wirken will, z. B. wenn eine ihm hinzugefügte Bedingung nicht eingetroffen ist, kein ungültiges, sondern nur ein unwirksames Rechtsgeschäft verstehen wollen. Dass ein solches Testament convertirt werden d. h. alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills an sich tragen kann, ist zweifellos. Dass ein nichtiges Testament als zu convertirendes Objekt zu fordern, noch ungenauer ist, als ein ungültiges leuchtet von selbst ein; nicht einmal die convertirbaren anfechtbaren Testamente werden dabei berücksichtigt.

Unrichtig ist es auch bei unserm Falle der Conversion zu reden von der Umwandlung eines zunächst als wirksam intendirten, aber unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill⁶⁾. Denn auch ein solches Testament, welches deshalb unwirksam ist, weil der Erblasser es nicht als wirksames errichten wollte⁷⁾, kann alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills an sich tragen und also in ein solches convertirt werden.

2. Zur Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codizill ist ferner noch nothwendig, dass die Willenserklärung, welche das unwirksame Testament darstellt, äusserlich allen Anforderungen genüge, welche das Recht für ein wirksames Codizill aufstellt. Insbesondere ist erforderlich:

a. dass dieselbe von einer solchen Person herrührt, welche die Fähigkeit besitzt, ein wirksames Codizill zu errichten,

5) Lehrbuch § 82 Note 1.

6) So z. B. Römer a. a. O. Die Worte „als wirksam“ haben wir hinzugefügt mit Rücksicht auf das in § 1 Note 1 dieser Arbeit Gesagte.

7) Vgl. § 3 Nr. 3.

b. dass sie allen für ein wirksames Codizill aufgestellten Formvorschriften genügt,

c. dass ihr Inhalt ganz oder doch wenigstens zum Theil den Inhalt eines wirksamen Codizills bilden kann; ist letzteres der Fall, so kann dieselbe auch nur zum Theil als Codizill zur Geltung kommen,

d. dass diejenigen, welche mit dem Codizille bez. den darin angeordneten Vermächtnissen beschwert werden, auch wirklich die Verpflichtung haben dasselbe bez. dieselben zu erfüllen oder dass doch, wenn sie diese Verpflichtung nicht haben, andre hinsichtlich derselben an ihre Stelle treten,

e. dass der Anfall der in dem Codizille angeordneten Vermächtnisse oder doch eines Theiles derselben statt gefunden hat. Erst wenn durch das Codizill wirklich Rechte entstanden sind, ist es wirksam gewesen.

3. Zur Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill ist endlich noch erforderlich, dass die Willenserklärung, welche das unwirksame Testament darstellt, nach der Willenseite hin alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitze, d. h. sie muss als wirksames Codizill wenigstens eventuell — für den Fall ihrer Unwirksamkeit als Testament — gewollt sein. Nur wenn dieser Wille vorhanden ist, besitzt das unwirksame Testament alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills, ist also ein solches.

Die Behauptung, dass dieser Wille zur Conversion des unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill nöthig sei, ist nie bestritten worden; streitig war aber die Frage, wie dieser Wille vor Gericht constatirt werden könne, ob derselbe nämlich kraft Rechtsvermuthung schon dann feststehe, wenn das unwirksame Testament ein äusserlich fehlerfreies Codizill vorstelle oder ob er durch eine besondere Erklärung des Erblassers dargethan werden müsse.

Für die erstere Ansicht könnte man sich etwa darauf berufen, dass das Recht bei keinem Rechtsgeschäft den Beweis fordert, dass sein Urheber ein wirksames Rechtsgeschäft

habe errichten wollen, sondern ganz allgemein die Vermuthung aufstellt, die Rechtsänderung, welche der Urheber eines Rechtsgeschäfts zu wollen erklärt habe, sei auch wirklich gewollt. Ueberall also, wo ein äusserlich fehlerfreies Codizill vorliegt, sei auch anzunehmen, dass der Erblasser ein solches habe errichten wollen. Dieser Folgerung kommt aber in dem Falle, wo das äusserlich fehlerfreie Codizill sich zunächst als unwirksames Testament darstellt, derselbe Grundsatz in die Quere, der ihre Grundlage bildet. Denn alsdann wird durch denselben die Vermuthung begründet, dass der Erblasser bei Abfassung seiner letztwilligen Erklärung, die sich zunächst als Testament darstellt, den Willen gehabt habe, ein wirksames Testament zu errichten. Die Vermuthung, dass der Erblasser zugleich die Absicht gehabt habe, seine letztwillige Erklärung für den Fall ihrer Unwirksamkeit als Testament, als Codizill gelten zu lassen, könnte das Recht nun zwar aufstellen, dass es dies aber thut, folgt aus der von uns angezogenen Rechtsvermuthung nicht, sondern müsste auf Grund von Quellenaussprüchen besonders dargethan werden.

Dies ist aber nicht möglich; vielmehr sprechen sich die Quellen deutlich dahin aus, dass der Wille des Erblassers, sein unwirksames Testament als wirksames Codizill gelten zu lassen, stets im einzelnen Falle zu beweisen ist⁸⁾.

8) Auffallender Weise ist dies heftig bestritten worden, ja in den letzten Jahrhunderten war sogar die Ansicht, dass der Wille des Erblassers, ein unwirksames Testament als Codizill wirksam werden zu lassen stets zu vermuthen sei, die herrschende. Ihr Hauptvertreter ist Alef in seiner Schrift *de otio clausulae codicillaris in quovis testamento* Heidelb. 1750. Aber niemals fehlten Vertreter unsrer Ansicht, wie die gegen Alef gerichteten Schriften von Löhlein *de otio claus. codic. etc.* Herbip. 1750, Schorch *diss. qua claus. cod. praesumptam non dari ostenditur* Erf. 1763 beweisen und heute, nachdem sich noch Fein im *Commentar* Bd. XXXXV S. 191 fgg., Mayer §. 23 Note 4 fgg., v. Vangerow § 527 Anm. 1 und andre in ausführlicher Weise für dieselbe ausgesprochen haben, hat sie in

Wohl im Hinblick darauf fordert das Recht diesen Beweis, dass bei der grossen Uebereinstimmung der Erfordernisse eines Testaments und eines Codizills sich in einem unwirksamen Testamente sehr leicht alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills vorfinden können, ohne dass der Erblasser die Absicht gehabt hat, ein solches zu errichten.

Wir führen einige der einschlagenden Quellenaussprüche an. In l. 41 § 3 D. de pup. et vulg. subst. XXVIII 6 heisst es:

„— Quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est“.

Zur Zeit, in welcher diese Stelle geschrieben wurde, konnte jede von einem mit Testamentifatio versehenen Erblasser abgefasste scriptura ein wirksames Codizill abgeben⁹⁾. Das in der citirten Stelle erwähnte unwirksame Testament konnte daher äusserlich sehr wohl als Codizill bestehen. Dennoch kommt es nicht unbedingt als solches zur Wirkung, wie geschehen müsste, wenn das Recht den Willen des Erblassers sein unwirksames Testament, welches äusserlich alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzt, als solches wirken zu lassen, präsumirte, sondern nur dann, „si hoc ex-

der Art den Sieg über ihre Gegnerin davongetragen, dass wir nicht einmal mehr von einer über diesen Punkt existirenden Streitfrage reden dürfen. Darum wird auch im Texte keine Widerlegung der schon oft genug widerlegten gegnerischen Argumente — s. insbes. Fein a. a. O., v. Vangerow a. a. O. —, sondern nur die Begründung der von uns vertheidigten Ansicht gegeben.

9) Die Stelle rührt von Papinian her, der unter Mark Aurel und den folgenden Kaisern lebte, während die weitergehenden Ansprüche an die Form der Codizille erst zur Zeit Constantins und Theodosius gestellt wurden. Fast alle von der Conversion eines Testaments in ein Codizill und die meisten der von den Codizillen überhaupt handelnden Stellen stammen aus derselben Zeit, wie die citirte und berücksichtigen daher noch nicht die heute für Codizille geltenden Formvorschriften der l. 8 § 3 C. de cod. VI 36.

pressum est“, d. h. wenn der Erblasser seinen dahin zielenden Willen an den Tag gelegt hat.

Bestätigung findet diese Stelle durch l. 1 D. de iure cod. XXIX 7.

„Saepissime rescriptum et constitutum est eum, qui testamentum facere opinatus est nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque, quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur“.

Errichtet Jemand ein unwirksames Testament, „nec voluit quasi codicillos id valere“, so kann dasselbe nicht als Codizill zur Geltung kommen, auch wenn es einen für ein Codizill tauglichen Inhalt hat. Man könnte die Worte „nec voluit quasi codicillos id valere“ übersetzen mit „und hat nicht den Willen gehabt, dasselbe als Codizill gelten zu lassen“; alsdann würde die Stelle lediglich den bereits von uns hervorgehobenen, nie bestrittenen Gedanken aussprechen, dass ein unwirksames Testament nur dann in ein Codizill verwandelt werden dürfe, wenn der Erblasser dies gewollt habe. M. E. sind die Worte „nec voluit etc.“ aber mit „und hat nicht den Willen in erkennbarer Weise gehabt, d. h. und hat nicht den Willen erklärt u. s. w.“ wiederzugeben, und dann drückt die Stelle denselben Grundsatz, wie l. 41 § 3 D. cit. aus. Die zuletzt gegebene Uebersetzung ist von grammatischem Standpunkte aus ebenso zulässig wie die andere¹⁰⁾; von logischem Standpunkte aus ist sie dieser aber weit vorzuziehen. Denn dass Ulpian, von dem die Stelle herrührt, in derselben den ganz allgemeinen Grundsatz ausgesprochen habe, dass ein Rechtsgeschäft nur wirken dürfe, wenn sein Urheber es habe wirksam werden lassen wollen, wäre sehr auffällig; den Grundsatz auszusprechen, dass ein unwirksames

10) Velle kommt öfter in der Bedeutung seinen Willen an den Tag legen vor, ebenso wie das deutsche „Wollen“ öfter da gebraucht wird, wo es sich um einen ausgedrückten Willen handelt.

Testament nur dann in ein wirksames Codizill verwandelt werden könne, wenn eine dies ausdrücklich anordnende Erklärung des Erblassers vorliege, bot sich aber die schönste Gelegenheit.

Wir führen noch l. 8 § 1 C. de cod. VI 36 an:

„Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus, nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem, nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere; —“

Ein Erblasser errichtet ein unwirksames Testament; es soll nicht als Codizill gelten können, „nisi id ille (testator) complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere“, d. h. wenn der Erblasser nicht erklärt hat, sein letzter Wille solle auch als Codizill zur Wirkung kommen. Deutlicher kann die von uns vertheidigte Ansicht gar nicht ausgesprochen werden.

Die Anführung der übrigen Stellen, welche für dieselbe geltend gemacht werden können, ist, da die bisher citirten durchaus klar reden, nicht erforderlich, zumal da sie einen Widerspruch oder Zweifel hervorzurufen nicht geeignet sind ¹¹⁾.

Uebrigens ist der Gedanke, dass ein unwirksames Testament nur dann in ein wirksames Codizill konvertirt werden dürfe, wenn eine dies anordnende Erklärung des Erblassers vorliege, kein alleinstehender; in analoger Weise wird auch bei den meisten andern unwirksamen Rechtsgeschäften, welche alle Erfordernisse eines wirksamen Rechtsgeschäfts an sich tragen, der Wille des Urhebers dieses wirksame Rechtsgeschäft hervorzubringen nicht vermuthet, sondern muss bewiesen

11) Diese Stellen sind l. 13 § 1 D. de iure cod. XXIX 7; s. ihre Interpretation bei Römer a. a. O. S. 73; l. 29 C. de fideic. VI 42, l. 11 C. de test. man. VII 2; über die gewöhnlich hier noch citirten l. 29 D. qui test. fac. poss. XXIX 1 und l. 11 § 1 D. de leg. III s. § 6 S. 57 fgg. dieser Arbeit.

werden¹²⁾. Indess fehlen Ausnahmen von dieser Regel nicht, in welchen also ein unwirksames Rechtsgeschäft, das äusserlich allen Anforderungen, welche das Recht an ein anderes wirksames Rechtsgeschäft stellt, genügt, ohne weiteres in dieses convertirt wird¹³⁾. Man darf solche Ausnahmefälle nicht so ansehen, als ob die Conversion stattfände, obgleich das wirksame Rechtsgeschäft nach der Willensseite hin unvollständig sei; diese Willensseite wird vielmehr ergänzt durch eine Rechtsvermuthung, welcher dieselbe Kraft zukommt, wie der Erklärung des auctor negotii.

Drei dieser Ausnahmen interessiren uns, weil es Fälle der Conversion eines unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codizill sind. Beim testamentum parentum inter liberos, beim sogenannten testamentum posterius imperfectum und endlich in einem speciellen, heute unpraktischen Falle in favorem libertatis wird nämlich die Absicht des Testators die Conversion seines unwirksamen Testamentes in ein Codizill geschehen zu lassen, von Rechts wegen vermuthet¹⁴⁾. Freilich,

12) l. 1 § 14 D. de pec. const. XIII 5, l. 9 D. de spons. XXIII 1, l. 1 § 2 D. de verb. obl. XXXV 1. Die Erklärung dieser Stellen s. bei Römer a. a. O. S. 69 fgg.

13) l. 5 pr. D. de resc. vend. XVIII 5, l. 3 D. de test. mil. XXIX 1, l. 8 pr., l. 19 pr. D. de acceptil. XXXVI 3. Die freilich nicht unbestrittene Erklärung dieser Stellen s. bei Römer a. a. O. S. 79 fgg.

14) Der erste dieser Fälle gründet sich auf l. ult. C. fam. erc. III 36 cf. l. 1 C. Th. fam. erc. II 24, der zweite auf l. 2 D. de ini. rupt. XXVIII 3 und l. 21 § 5 C. de test. VI 23. Die Herleitung der beiden Ausnahmen aus diesen Stellen gibt Fein Bd. XXXV S. 226 fgg. in ausführlichster Weise. Beide Ausnahmen bilden auch sonst im römischen Rechte häufiger vorkommende Bevorzugungen solcher Testamente, in welchen ein Erblasser seine Intestaterben eingesetzt hat. Der dritte im Text genannte Fall stützt sich auf l. 38 de fideic. lib. XXX 5. Manche z. B. Fein bestreiten das Vorhandensein dieser Ausnahme. Ueber einige weitere oft angeführte, aber gewiss unbegründete Ausnahmen s. Fein a. a. O. S. 252 fgg.

so sind wir berechtigt zu sagen, nur bis zum Beweis des Gegentheils; denn jene Rechtsvermuthung hat zweifellos nur den Zweck, den präsumtiven Willen des Erblassers zu schützen, nicht gegen seinen Willen die Conversion zu bewirken.

Die Erklärung eines Erblassers, sein Testament für den Fall seiner Unwirksamkeit als Codizill wirksam werden zu lassen, pflegt man Codizillarklausel zu nennen¹⁵⁾. Gegen den Gebrauch dieser Bezeichnung ist nichts zu erinnern, nachdem man sich über den Begriff der Codizillarklausel geeinigt hat. Eine ähnliche Bezeichnung für die analoge Erklärung bei der Conversion anderer Rechtsgeschäfte gibt es nicht.

Die erwähnte Streitfrage, ob die Codizillarklausel zur Conversion eines Testaments nöthig sei oder nicht, pflegte man die Frage zu nennen, ob die Codizillarklausel einem Testamente subintelligirt werde oder nicht. In den Fällen der Conversion eines unwirksamen Testaments ohne Codizillarklausel von einer *clausula codicillaris subintellecta* zu reden, ist wohl mehr bequem als richtig; subintelligirt wird dabei ja nicht die Erklärung, sondern der Wille des Erblassers, die Conversion geschehen zu lassen.

In der Erörterung der in diesem Paragraphen für die Conversion eines unwirksamen Testaments in ein Codizill aufgestellten Requisite, erschöpft sich der erste Theil unsrer Arbeit. Eingehend die Lehre von der Unwirksamkeit der Testamente und die Lehre von den Erfordernissen der Codizille — sowohl den äusseren Erfordernissen derselben, als den Erfordernissen nach der Willensseite hin — zu behandeln, liegt indess nicht in unsrer Absicht, weil diese Lehren je ein in sich abgeschlossenes Ganze bilden und an geeigneterer Stelle im Rechtssystem eine selbstständige Besprechung zu erfahren pflegen¹⁶⁾. Dagegen müssen wir einige in die-

15) Der Ausdruck Codizillarklausel, *clausula codicillaris* ist zwar kein klassischer, wird aber schon seit langer Zeit in dem im Texte angegebenen Sinn ganz allgemein gebraucht.

16) Ueber die meisten Unwirksamkeitsgründe (die Ungültigkeitsgründe) der Testamente s. Mühlenbruch im Commentar Bd. XXXVIII

selben einschlagende Fragen ausführlich darstellen, welche gerade für die Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill von besonderer Wichtigkeit sind. Es ist

A. die Frage, welche unwirksamen Testamente überhaupt in ein wirksames Codizill convertirt werden können. Liegt nämlich auch, wie wir bereits früher gesagt haben, in der Unwirksamkeit eines Testaments an und für sich niemals ein Hemmniss seiner Conversion in ein Codizill, so kann doch durch den Grund, aus welchem ein Testament unwirksam geworden ist, die Unmöglichkeit herbeigeführt werden, dass das unwirksame Testament die Erfordernisse eines Codizilles — entweder die der Willenserklärung oder die des Willens — an sich trage und daher auch in ein solches convertirt werde. Ist ein Testament aus einem solchen Grunde, welcher die Conversion unmöglich macht, unwirksam, so brauchen wir ihm keine weitere Beachtung mehr zu schenken; ist es aber aus einem Grunde unwirksam, welcher seiner Conversion in ein Codizill nicht im Wege steht, so müssen wir untersuchen, ob es die Erfordernisse eines wirksamen Codicills — die der Willenserklärung und die des Willens —, welche es besitzen kann, auch wirklich besitzt, und, wenn es sie besitzt, findet die Conversion statt.

B. Es interessirt uns an zweiter Stelle die Frage, welche Erklärungen eines Erblassers so beschaffen sind, dass aus ihnen der Wille hervorgeht, eine als Testament ungültige letztwillige Erklärung als Codizill gelten zu lassen, m. a. W. welche Erklärungen eines Erblassers eine gehörige Codizillarklausel

S. 118 fgg. Von den ungültigen Rechtsgeschäften ist das nichtige stets unwirksam, das anfechtbare, sobald es durch Anfechtung beseitigt worden ist. Umgekehrt ist das gültige Rechtsgeschäft fast stets wirksam, es sei denn, dass es in einem bestimmten Falle nicht wirken will z. B. wenn ihm eine Bedingung oder Zeitbestimmung hinzugefügt ist, und dieser Fall eintritt. Die Lehre von den Codizillen gibt Fein im Commentar Bd. XXXXIV und XXXXV.

abgeben. In der Regel ist diese ja erforderlich zur Constatirung des Daseins jenes Willens.

2. Besprechung zweier wichtiger Fragen aus der von uns behandelten Lehre.

A. Welche unwirksamen Testamente können überhaupt in ein wirksames Codizill convertirt werden?

§ 3. Im Allgemeinen.

Die uns beschäftigende Frage ist identisch mit der Frage, welche unwirksamen Testamente die Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen können. Ist dies auch principiell bei allen unwirksamen Testamenten möglich, so liegt doch in Wirklichkeit der Grund der Unwirksamkeit oft darin, dass dem letzten Willen des Erblassers ein Erforderniss abgeht, welches ebenso gut Vorbedingung für ein wirksames Testament wie für ein wirksames Codizill ist; es ist klar, dass alsdann von der Conversion des unwirksamen Testamentes in ein wirksames Codizill nicht die Rede sein kann.

Im Folgenden besprechen wir die verschiedenen Unwirksamkeitsgründe eines Testamentes in übersichtlicher Reihenfolge und untersuchen bei jedem, ob er ein Hinderungsgrund der Conversion ist oder nicht. Nur die Fälle, in welchen ein Testament wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben oder Pflichttheilsberechtigten unwirksam ist, sparen wir besonderer Behandlung im folgenden Paragraphen auf, weil dieselben ihres inneren Zusammenhanges wegen eine zusammenhängende Behandlung verdienen.

1. Zur Errichtung eines gültigen Testaments gehört testamenti factio des Testators; zur Errichtung eines gültigen Codizills ebenfalls. Rührt daher eine Willenserklärung von einer Person her, welche die testamenti factio nicht besass, so ist dieselbe als Testament und als Codizill nichtig. Von

dieser Regel gibt es aber zwei Ausnahmen, in welchen die Unfähigkeit des Erblassers so beschaffen ist, dass derselbe zwar kein gültiges Testament, aber wohl ein gültiges Codizill errichten kann¹⁾. Hat ein Erblasser in einem solchen Zustande der Unfähigkeit einen letzten Willen abgefasst, so ist derselbe als Testament unbedingt nichtig, alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills kann er aber an sich tragen.

2. Durch den Verlust der testamenti factio eines Testators wird ein von ihm gültig errichtetes Testament und ebenfalls ein von ihm gültig errichtetes Codizill nichtig. Daher kann eine aus diesem Grunde als Testament wirkungslose Willenserklärung niemals ein wirksames Codizill abgeben²⁾.

1) Fällt Jemand in Kriegsgefangenschaft und errichtet während derselben ein Testament, so ist dasselbe nichtig; errichtet er aber während derselben Codizille, nachdem er vor seiner Gefangenschaft ein gültiges Testament errichtet und darin Codizille in futurum bestätigt hat, so wird, wenn er zur Heimath zurückgekehrt stirbt, nicht nur aus dem vor der Gefangenschaft errichteten Testamente eine bonorum possessio s. t. gegeben, sondern auch die während der Gefangenschaft errichteten Codizille sind wirksam. l. 12 § 5 D. de capt. et postl. XXXIX 15. Doch ist dieser Fall unpraktisch; praktisch dagegen ist der zweite. Errichtet nämlich Jemand, der sich hat arrogiren lassen, ehe er wieder sui iuris geworden ist, ein Testament, so ist dasselbe nichtig; errichtet er aber Codizille und hat vor seiner Arrogation ein gültiges Testament errichtet und darin Codizille in futurum bestätigt, so wird, wenn er vor seinem Tode wieder sui iuris wird und seinen Willen das vor der Arrogation errichtete Testament weiter gelten zu lassen, an den Tag legt nicht nur aus diesem Testamente eine bonorum possessio sec. t. gegeben, sondern auch die während der Zeit, wo der Erblasser alieni iuris war, errichteten Codizille sind wirksam. l. 8 § 3 D. de iure cod. XXIX 7, l. 11 § 2 D. de bon. poss. s. t. XXXVII 11.

2) Aus einem Testamente, welches streng genommen wegen Verlustes der testamenti factio seines Urhebers nichtig ist, wird eine bonorum possessio ertheilt in den beiden in der vorigen Note angeführten Fällen und noch in einem dritten Falle fictione legis Corneliae. Wenn nun ein solches Testament, aus welchem, wenn es

3. Ein wirksames Testament muss als wirksames Testament gewollt und zwar fehlerfrei gewollt sein; ein wirksames Codizill ebenfalls. Ist aber eine Willenserklärung als Testament unwirksam, weil sie nicht als wirksames Testament³⁾

gültig wäre, eine *bonorum possessio s. t.* gegeben werden könnte, aus einem die Conversion nicht hindernden Grunde ungültig wird, kann es alsdann als Codizill — und zwar kann in allen drei Fällen nur von einem Intestatcodizill die Rede sein — aufrecht erhalten werden? Die Beantwortung dieser Frage hängt allein davon ab, ob wir in den Fällen, wo trotz des Verlustes der *testamenti factio* des Erblassers aus dem streng genommen ungültigen Testamente eine *bonorum possessio* gegeben wird, auch ein etwa errichtetes und durch den Verlust der *testamenti factio* seines Urhebers streng genommen ungültig gewordenes Intestatcodizill wieder zu Kräften kommen lassen oder nicht. Von der *fictio legis Corneliae* wissen wir nun aus l. 22 pr. D. de capt. et postl. XXXIX 15 bestimmt, dass sie auch auf die Intestaterbfolge ausgedehnt worden ist, dass also ein bei der Gefangennehmung des Erblassers vorhandenes Intestatcodizill wirksam wurde. In diesem Falle sind wir daher befugt ein absolutes Hinderniss der Conversion nicht anzunehmen und die oben gestellte Frage zu bejahen. Aber auch in den beiden andern Fällen sind die meisten Schriftsteller geneigt den Verlust der *testamenti factio* eines Erblassers einem Codizille gegenüber nicht stärker wirken zu lassen, als einem Testamente gegenüber; sie sind daher auch der Möglichkeit der Conversion eines Testamentes, aus dem, wenn es gültig wäre, eine der in dieser Note erwähnten *bonorum possessiones s. t.* gegeben würde, zugethan. Wenn aber Mayer, die Lehre von den Legaten, § 24 Note 9, meint diese Conversion sei unnöthig, soweit die *bonorum possessio cum re sei* und habe nur Werth, soweit dieselbe *sine re sei*, so spricht er damit eine mir unbegreifliche Ansicht aus. Denn wenn überhaupt *bonorum possessio* aus dem Testamente gegeben wird, das Testament also wirkt, findet gar keine Conversion desselben statt; diese ist nur dann möglich, wenn das Testament aus einem sie nicht hindernden Grunde unwirksam wird.

3) Ein von einem Erblasser errichtetes Testament kann unwirksam sein sowohl weil es gar nicht gewollt ist, als auch weil es für einen bestimmten Fall nicht gewollt ist. Gar nicht gewollt ist z. B. ein scherz-

oder doch fehlerhaft als solches gewollt ist⁴⁾, so kann sie doch noch immer fehlerfrei als wirksames Codizill gewollt sein und selbstverständlicher Weise auch die übrigen Requisite eines solchen an sich tragen.

4. Ein gültiges Testament kann durch Widerruf an seiner Wirksamkeit verhindert werden; ebenso ein Codizill. Aber eine Willenserklärung, welche als Testament widerrufen ist, braucht nicht als Codizill widerrufen zu sein und kann daher, wenngleich sie als Testament unwirksam ist, doch alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen.

Dies wird zwar von mehreren Schriftstellern, z. B. von Mayer⁵⁾ bestritten, aber wie mir scheint durchaus mit Unrecht⁶⁾. Mayer meint, ein Erblasser bezwecke durch den

weise errichtetes Testament, vgl. l. 24 D. de test. mil. XXIX 7, ferner ein Testamentsentwurf. Unter einem Testamentsentwurf versteht man ein Testament (d. h. eine Willenserklärung, welche die Ernennung eines Erben enthält s. § 1 Note 1), welches nicht als wirksames Testament gewollt ist, sondern erst in Zukunft sei es wörtlich, sei es mit Aenderungen durch Erfüllung gewisser Formalitäten, sei es der vom Rechte für die Gültigkeit der Testamente vorgeschriebenen, sei es besonderer vom Erblasser zu diesem Zweck eigens angeordneter zum wirksamen Testament erhoben werden soll. Für einen bestimmten Fall ist ein Testament z. B. dann nicht gewollt, wenn ihm eine Bedingung hinzugefügt ist. Fällt die Bedingung aus, so wirkt das Testament nicht; ein solches unwirksames Testament pflegt man nicht als ungültig zu betrachten.

4) Ueber Testamente, die desshalb ungültig sind, weil sie fehlerhaft gewollt sind, s. v. Vangerow § 431. Doch sind einige der in diesem Paragraphen besprochenen Testamente nicht fehlerhaft, sondern gar nicht gewollt.

5) Die Lehre von den Legaten § 24. II 2.

6) Die nachfolgende Erörterung ist ein Theil der Beantwortung der gewöhnlich unter dem Titel „darf die Codizillarklausel wirken, wenn ein Testament wegen Widerrufs ungültig wurde“ behandelten Streitfrage. An dieser Stelle ist nur zu erwägen, ob ein widerrufenes Testament alle Bestandtheile eines wirksamen Codizills

Widerruf seines Testamentes wesentlich den Inhalt seines Testamentes zu vereiteln; der Widerruf dürfe nicht dadurch illusorisch gemacht werden, dass man den Inhalt des Testamentes auf andere Weise, nämlich als Inhalt eines Codizills zur Geltung bringe.

Indem Mayer sagt der Widerruf eines Testamentes bezwecke wesentlich den Inhalt desselben zu vernichten, will er nicht die Behauptung aufstellen, dass mit dem Widerruf eines Testamentes die Absicht das Testament seinem Inhalte nach weiter gelten zu lassen, überhaupt nicht verbunden sein könne⁷⁾; er will damit nur sagen, dass dies in der Regel nicht der Fall sei, und dass so lange die Absicht des Erblassers sein widerrufenes Testament auch dem Inhalte nach d. h. auch als Codizill zu vernichten, zu präsumiren sei, bis auf irgend eine Weise das Gegentheil dargethan ist. Wäre diese Ansicht die richtige, so könnte freilich ein widerrufenes Testament niemals in ein Codizill convertirt werden, es sei denn dass der Erblasser beim Widerruf ausdrücklich seine dahin zielende Absicht an den Tag gelegt habe. Denn da das Codizill, in welches das widerrufenes Testament convertirt werden könnte, mit letzterm wesentlich gleichen Inhalts ist, alle Verfügungen eines Codizills aber schon dadurch widerrufen sind, dass der Erblasser seinen hinsichtlich ihrer geänderten Willen in erkennbarer Weise offenbart⁸⁾ — und

an sich tragen kann oder nicht; die weitere Besprechung jener Streitfrage findet man in § 7 dieser Arbeit.

7) Eine solche Behauptung wäre auch ganz unhaltbar; man vgl. l. 19 pr. § 1 D. de test. mil. XXIX 1, l. 12 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3, l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1.

8) Von Verfügungen, welche nicht durch jede an den Tag gelegte Willensänderung widerrufen werden, kann heute in einem Codizille nur eine getroffen werden, nämlich die in einem bestätigten Codizille zu treffende tutela testamentaria perfecta; durch formlosen Widerruf wird aber eine exemptio necessaria gegen dieselbe begründet, welche in ihrer endgültigen faktischen Wirkung mit völliger Aufhebung übereinstimmt. Vgl. darüber § 8 Note 21.

dies wäre ja durch den Widerruf des Testaments geschehen —, so würden durch diesen Widerruf die Verfügungen des Testaments auch als in einem Codizill getroffene Verfügungen widerrufen sein, und das Testament könnte ein wirksames Codizill nicht abgeben, weil es an einem gehörigen Inhalte für ein solches fehlte.

Wie will man nun aber die Vermuthung, dass mit dem Widerruf eines Testaments stets die Absicht dasselbe auch als Codizill zu vernichten verbunden sei, eine Vermuthung, welche einer juristischen Thatsache eine weitergehende Bedeutung zutheilt, als ihr ihrer Natur nach zukommt, rechtfertigen? Die blosse Möglichkeit, dass mit dem Widerruf des Testaments jene Absicht verbunden sei, genügt dazu nicht. Aber auch die Wahrscheinlichkeit ist dazu nicht im Stande, wenigstens nicht ohne dass ihr ein Rechtssatz zur Seite steht, welcher dem Widerruf des Testaments die in Rede stehende Wirkung zuschreibt. Sonst vermag die Wahrscheinlichkeit nur eine rechtlich bedeutungslose *praesumptio hominis* zu erzeugen, und dies geschieht hier, wo der ergänzende Rechtssatz fehlt.

Hat daher ein Erblasser seine letztwillige Verfügung so getroffen, dass sie in doppelter Gestalt, sowohl als Testament als auch als Codizill gelten kann, so muss er sie, damit sie in keiner Gestalt mehr gilt, auch in doppelter Gestalt widerrufen. Freilich kann dieser Erfolg durch eine einzige Verfügung erreicht werden; insbesondere ist es sehr wohl möglich, dass der Widerruf des Testamentes so abgefasst ist, dass daraus der Wille erhellt das Testament auch nicht als Codizill gelten zu lassen. Dieser Wille ist aber im Zweifel nicht zu vermuthen, und wer sein Dasein behauptet, muss es beweisen. Hierbei ist es nicht unwesentlich, auf welche Art und Weise der Widerruf des Testaments erfolgt; erfolgt derselbe

a. als Realrevokation, so kann Conversion niemals stattfinden. Indem der Erblasser seine ganze Willenserklä-

rung vernichtet, zerstört er auch alles, was etwa als Codizill gelten könnte⁹⁾.

b. Erfolgt der Widerruf als Verbalrevokation, so bleibt das widerrufene Testament als unwirksames Testament fortbestehn. Dieses unwirksame Testament kann alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen, wenn nur der Erblasser mit dem Widerruf seines Testaments nicht einen Widerruf der einzelnen in demselben getroffenen Verfügungen verbunden hat, so dass der Inhalt eines wirksamen Codizills nicht mehr vorhanden ist¹⁰⁾.

c. Erfolgt der Widerruf durch Errichtung eines spätern Testaments, so bleibt wie bei der Verbalrevokation ein unwirksames Testament übrig, welches alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills an sich tragen kann. L. 19 pr. § 1 D. de test. mil. XXIX 1, l. 12. §. 1. D. de ini. rupt. XXVIII 3, und l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1 nehmen auf Fälle Bezug, wo dies geschieht und neben dem neuen Testament das frühere als Codizill aufrecht erhalten wird¹¹⁾.

9) Mayer a. a. O. meint die Realrevokation könne auch so stattfinden, dass das Testament noch convertirt werden könne. Streiche z. B. ein Erblasser nur die Erbeseinsetzung aus, so lege er dadurch seinen Willen an den Tag den Rest des Testamentes als Codizill weiter gelten zu lassen. Thut der Erblasser aber dies, so ist sein Testament nicht ungültig wegen Widerrufs, sondern wegen Wegfalls der Erbeseinsetzung, und daher müssen alsdann auch die in diesem Paragraphen sub 6 gegebenen Regeln zur Anwendung kommen.

10) In den gleichen Irrthum, wie den in der vorigen Note besprochenen verfällt Mayer, indem er eine Verbalrevokation des Testamentes da annimmt, wo nur die Erbeseinsetzung widerrufen ist.

11) Dass in den von jenen Stellen behandelten Fällen mit dem Widerruf des Testamentes die ausdrückliche Erklärung verbunden ist, das frühere Testament als Codizill weiter gelten zu lassen, geschieht nicht, weil sonst der Widerruf das frühere Testament auch als Codizill vernichten würde, sondern weil dasselbe keine Codizillarklausel besitzt, also — indem der Wille des Erblassers dasselbe als

Ich möchte noch zu c. als analogen Rechtssatz anführen, dass ein bestehendes Intestatcodizill durch ein neu errichtetes Testament nicht aufgehoben, sondern in ein testamentarisches Codizill verwandelt wird¹²⁾. Schon dieses Rechtssatzes wegen möchte es als inconsequent erscheinen ein wegen Errichtung eines neuen Testaments ungültiges Testament, welches als Codizill — und zwar kann hier nur von einem Intestatcodizill die Rede sein — gelten könnte, durch die Errichtung dieses neuen Testamentes auch als Codizill aufheben zu lassen. Auch macht wirklich dieser Rechtssatz den Anhängern der Mayer'schen Ansicht viele Schwierigkeiten. Sie meinen nämlich, dass wegen jenes Rechtssatzes ein Testament, welches nicht durch die Errichtung eines neuen Testamentes, sondern schon vor derselben ungültig geworden sei, durch die Errichtung eines neuen Testamentes nicht in seiner Gültigkeit als Intestatcodizill aufgehoben, sondern lediglich in ein testamentarisches Codizill verwandelt werde; denn jenes unwirksame Testament könne in dem Momente der Errichtung des neuen Testamentes doch nur noch als Intestatcodizill in Betracht kommen¹³⁾.

Codizill gelten zu lassen nicht sicher ist — gar nicht als Codizill zu Recht beständig ist.

12) l. 5 D. de iure cod. XXIX 7, § 1 J. de cod. II 25 und ihre Erklärung bei Fein Bd. XLIV S. 169 fgg. Gegen Fein wendet sich Arndts Lehrbuch § 551 Note 2, doch scheinen mir seine Bemerkungen den von Fein angeführten Argumenten gegenüber nicht beweisend. Gleicher Ansicht wie Fein sind daher auch die meisten Schriftsteller z. B. Windscheid § 640 Anm. 7, Unger § 61 Anm. 7.

13) So z. B. Fein Bd. XXXXV S. 264, A 2. Er hebt zwar nur hervor, dass die von Anfang an ungültigen Testamente, welche als Intestatkodizille gelten könnten, durch die Errichtung eines neuen Testamentes in testamentarische Codizille verwandelt würden. Das gleiche muss aber auch von den Testamenten gelten, welche nach ihrer Errichtung, aber vor der Errichtung des neuen Testamentes wirkungslos werden. Denn auch sie kommen wenigstens im Momente der Errichtung des neuen Testamentes nur noch als Codi-

So würde die Errichtung eines neuen Testaments bald die Absicht des Erblassers an den Tag legen, ein früheres Testament als Codizill zu vernichten, bald würde sie dies nicht thun, je nachdem ob das frühere Testament erst durch die Errichtung des neuen Testaments unwirksam wird oder bereits früher unwirksam geworden ist. Dieser Zustand ist aber juristisch unstatthaft; denn eine und dieselbe juristische Thatsache kann nicht von verschiedener (juristischer) Wirkung sein, je nachdem ein mit derselben in keinerlei Verbindung stehender Umstand verschieden ist.

5. Ein Testament kann nichtig sein, weil die zu demselben gehörige Willenserklärung die erforderlichen Requisite nicht besitzt; ebenso ein Codizill.

Ist das Testament nichtig, weil es den in demselben getroffenen Verfügungen an einem deutlichen und verständlichen Ausdruck mangelt¹⁴⁾, so kann es niemals die Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen, weil auch in einem solchen unklare Verfügungen nicht getroffen werden können.

Rührt aber der Mangel aus einem Fehler der äussern Form her, sind z. B. zu wenig Zeugen zugezogen, haben diese Zeugen (bei schriftlichen Testamenten) nicht gesiegelt, so kann das Testament doch noch alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen. Denn ein Codizill braucht zu seiner Gültigkeit zwei Zeugen weniger als ein Testament, und die Zeugen brauchen (beim schriftlichen Codizille) nicht zu siegeln. Wie vielfach, aber der herrschenden Ansicht zuwider behauptet wird, sei der Unterschied zwischen der Form eines Testaments und der eines Codizills sogar noch ein grösserer¹⁵⁾.

zille in Betracht; dass sie früher einmal auch als Testamente zu berücksichtigen waren, kann für unsere Frage nicht von Wichtigkeit sein.

14) S. darüber insbesondere v. Vangerow § 433.

15) Vor Konstantin, wo jeder schriftliche Aufsatz die zu einem Codizille nöthigen Formalitäten besass, war dieser Unterschied ein sehr grosser.

Nur insofern der Formmangel des unwirksamen Testaments nur so weit geht, dass die für ein Codizill vorgeschriebenen Formalitäten übrig bleiben, kann das unwirksame Testament die Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen. Bei den privilegierten Testamenten, die hinsichtlich der Form mit den privilegierten Codizillen übereinstimmen, macht jeder Formmangel die Conversion unmöglich.

Ist ein Testament nichtig, weil die Erbeseinsetzung in demselben fehlt oder doch nicht hinlänglich bestimmt oder nichtig ist z. B. wegen Zwangs, Betrugs oder Irrthums, der sich nicht auf das Testament als solches, sondern nur auf jene bezieht, oder wegen der Verletzung der Vorschriften des Sc. Libonianum, so können doch die übrigen Bestimmungen des unwirksamen Testaments allen Erfordernissen eines wirksamen Codizills genügen.

6. Wird das Testament nichtig, weil die in demselben enthaltene Erbeseinsetzung hinfällig wird, etwa weil eine derselben hinzugefügte Bedingung ausfällt, weil der Erbe nicht antreten will, weil die Erbeseinsetzung widerrufen wird u. s. w., so können die übrigen Verfügungen des nichtigen Testaments sich sehr wohl als ein wirksames Codizill darstellen¹⁶⁾.

7. Die Verfügungen eines Testaments müssen rechtlich zulässig und ausführbar sein; ebenso die eines Codizills. Daher kann ein Testament, welches wegen Unmöglichkeit oder Unzulässigkeit seiner Verfügungen von Anfang an nichtig ist oder später nichtig wird, die Bestandtheile eines wirksamen Codizills nicht besitzen.

16) Auf den Fall der Conversion eines wegen Wegfalls der Erbeseinsetzung nichtigen Testaments nehmen ausdrücklich Bezug l. 6 pr. D. si quis om. causa XXIX 4, l. 14 C. de fid. VI 42 und l. 1 C. de fid. lib. VII 4 und erkennen, indem sie die Conversion zulassen, die Möglichkeit an, dass das unwirksame Testament die Bestandtheile eines wirksamen Codizills an sich trägt.

§ 4. Kann insbesondere ein Testament, welches wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben ungültig ist, in ein wirksames Codizill convertirt werden?

Die in der Ueberschrift dieses Paragraphen stehende Frage ist in der Litteratur vielfach besprochen worden und hat dabei die mannigfaltigsten und allerverschiedensten Beantwortungen erfahren. Dies ist um so auffallender, als uns, wenn wir dieselbe von derselben Seite auffassen, wie wir dies bei den im vorigen Paragraphen behandelten analogen Fragen gethan haben, ernstliche Schwierigkeiten in ihrer Lösung gar nicht begegnen. Zum Ueberflusse können wir dann noch die auf dem Wege der Reflexion gefundenen Resultate durch Anführung mehrerer mit ihnen trefflich übereinstimmender Quellaussprüche erhärten, so dass der letzte Rest von Zweifel an ihrer Anwendbarkeit schwinden muss.

In mehreren Fällen, so müssen wir sagen, kann ein Testament deshalb ungültig sein oder werden, weil es die Ansprüche eines Notherben, sei es eines formellen, sei es eines materiellen, nicht gehörig berücksichtigt¹⁾. Ein Codizill aber kann aus dem gleichen Grunde niemals unwirksam werden und zwar deshalb, weil durch ein Codizill ein Notherbe niemals in seinen Ansprüchen verletzt werden kann; denn ein solches verhindert niemals, dass er Erbe wird²⁾ und seinen Pflichttheil erhält³⁾. Ist daher eine von einem Erblasser herrührende Willenserklärung als Testament wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben wirkungslos, so kann sie doch alle Bestandtheile eines wirksamen Codizills besitzen,

1) Wann dies geschieht, braucht an dieser Stelle nicht erörtert zu werden. Davon handelt insbes. Franke's Recht der Notherben.

2) Denn durch ein Codizill kann eine Erbschaft weder gegeben noch entzogen werden.

3) Ist ein Erbe durch ein Codizill so beschwert, dass er seinen Pflichttheil nicht erhält, so werden bekanntlich die in dem Codizille ausgetheilten Vermächtnisse stillschweigend reduzirt.

weil jener Umstand, der dieselbe in ihrer Wirksamkeit als Testament vernichtet, dieselbe in ihrer Wirksamkeit als Codizill gar nicht influenzirt.

Doch gibt es eine Ausnahme von dieser Regel, die in den ganz besonderen Verhältnissen des Falles ihre Erklärung findet. Ein Testament, welches durch die *querela inofficiosi testamenti* umgestürzt worden, kann nicht mehr alle Bestandtheile eines wirksamen Codizills besitzen. Denn jener Querel liegt bekanntlich die Fiktion zu Grunde, dass der Urheber der durch dieselbe beseitigten Verfügung wahnsinnig gewesen sei, und ein solcher Wahnsinniger kann auch kein Codizill errichten, welches von rechtlicher Bedeutung wäre.

Als Belege für die von uns aufgestellte Regel können wir zwei Quellenaussprüche anführen. Zunächst die kaum misszuverstehende l. 24 § 11 D. de fid. lib. XL. 5.

„Ex testamento, quod agnatione postumae⁴⁾ ruptum esse constitit, neque directas libertates competere neque fideicommissarias deberi, quas non a legitimis quoque heredibus pater familias reliquerit, satis constat“.

Der in dieser Stelle zunächst ausgesprochene Grundsatz, dass die in einem wegen Ruption durch einen postumus ungültigen Testamente ertheilten Freiheiten — ebenso wie auch alle andere Verfügungen dieses Testaments — nichtig sind, ist hinlänglich bekannt. Es soll dies aber nur hinsichtlich der Freiheiten der Fall sein, „*quas non a legitimis quoque heredibus pater familias reliquerit*“. Ist also eine *libertas a legitimis quoque heredibus relicta*⁵⁾, so schliessen wir per

4) Daraus, dass von einer postuma nicht von einem postumus die Rede ist, folgt, dass unsre Stelle die Entscheidung eines konkreten Falles enthält; sonst *exemplo pessimum est feminino vocabulo etiam masculos contineri*.

5) Unter einer *libertas a legitimis quoque heredibus relicta* ist eine mit der Codizillarklausel versehene Freiheitsertheilung zu verstehen. Die Codizillarklausel ist hier wie überall zur Conversion erforderlich, weil ohne dieselbe der Wille des Erblassers die Conversion geschehen zu lassen nicht feststeht.

argumentum a contrario, so muss sie geleistet werden, obwohl das Testament, in dem sie steht, ungültig ist. Sie kommt alsdann aber nicht als Inhalt eines Testaments, sondern als Inhalt eines Codizills zur Geltung. Indem so die l. 24 § 11 cit. die Möglichkeit anerkennt, jene Freiheit trotz der Ungültigkeit des Testaments, in welchem sich dieselbe vorfindet, als Inhalt eines Codizills zu verwirklichen, erkennt sie ebenfalls die Möglichkeit an, dass das durch agnatio postumi ungültige Testament alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitze und in ein solches verwandelt werde.

Für unsere Ansicht lässt sich ferner verwerthen l. 9 D. de leg. III, welche lautet:

„Si ita fuerit fideicommissum relictum, ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato, vel ita, ad quemcunque quoquo iure bona mea perveniant: hac oratione et eius, qui postea natus erit inve familiam venerit, et eius, qui postea cognatus esse coeperit, fideicommissum videtur, etc“.

Diese Stelle trifft Bestimmungen sowohl für den Fall, dass der Erblasser ein Testament⁶⁾ errichtet hat, als auch für den Fall, dass er dies nicht gethan hat. Der letztere Fall, in welchem eine Conversion niemals stattfindet, interessiert uns nicht. Für den ersteren wird in der Stelle verfügt, dass ein Fideicommiss, welches so angeordnet ist, dass es nicht nur entrichtet zu werden braucht, wenn ex testamento, sondern auch wenn ab intestato geerbt wird, insbesondere auch von dem ab intestato erbenden postea natus und adoptatus zu entrichten sei. In unserer Stelle wird nun zwar nur schlechthin der postea natus und adoptatus als belastet bezeichnet; ihn aber für den Fall, dass gerade die agnatio

6) Ob der Erblasser das Fideicommiss in einem Testamente oder in einem dazu gehörigen testamentarischen Codizille angeordnet hat, ist für den Thatbestand gleichgültig, weil das testamentarische Codizill nur als Theil des Testaments, zu welchem es gehört, gilt und wirkt.

postumi oder die adoptio Unwirksamkeitsgrund des Testaments ist, für nicht belastet anzusehen, liegt kein Grund vor. Sobald wir ihn aber auch für diesen Fall als belastet betrachten, ist die Möglichkeit der Conversion eines Testaments, welches wegen Verletzung der Rechte eines Notherben unwirksam ist, zugegeben.

Gründlicher als unsere Regel können wir die Ausnahme von derselben, welche dann eintritt, wenn ein Testament durch die querela inofficiosi testamenti beseitigt worden ist durch Quellenaussprüche erhärten⁷⁾. Blicken wir zunächst auf l. 36 D. de leg. III Apud Scaevolam lib. XXIII Dig.

„Claudius notat: Nec fideicommissa ab intestato data debentur ab eo, cuius de inofficioso testamento constitisset, quia crederetur quasi furiosus testamentum facere non potuisse; ideoque nec aliud quid pertinens ad suprema eius iudicia valet“.

Auch solche in einem Testamente angeordnete Vermächtnisse, welche zugleich für den Fall der Intestaterbfolge hinterlassen worden sind, brauchen nicht entrichtet zu werden, wenn das Testament, worin sie stehen, mit der querela inofficiosi testamenti umgeworfen worden ist, weil der als wahnsinnig fingirte Erblasser einen gültigen letzten Willen nicht zu errichten vermochte. Wird diese Fiktion auch nicht ganz streng durchgeführt, und werden bezüglich einiger Verfügungen Ausnahmen zugelassen, so gilt sie doch als Regel⁸⁾ und muss schon deshalb überall zur Anwendung kommen, wo sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist. Für unsern Fall wird sie aber sogar noch ausdrücklich bestätigt, ebenso wie in der citirten Stelle, in l. 13 D. de inoff. test. V 2 Scaevola Lib. III. Resp.

„Titia filiam heredem instituit, filio legatum dedit, eodem testamento (ita) cavit: Ea omnia quae supra dari, fieri iussi,

7) Seit Einführung der actio suppletoria kann die querela inoff. test. nur in sehr wenig Fällen angestellt werden.

8) l. 8 § 16, l. 17 § 1 D. de inoff. test. V. 2.

ea dari, fieri volo ab omni herede bonorumve possessore, qui mihi erit etiam iure ab intestato: item quae dari iussero, ea uti dentur, fiant (que), fidei eius committo. Quaesitum est, si soror Centumvirali iudicio obtinuerit, an fideicommissa ex capite suprascripto debeantur? Respondi: Si hoc quaeratur, an iure eorum, quos quis sibi ab intestato heredes bonorumve possessores successores credat, fidei committere possit, respondi, posse. Paulus notat; probat autem nec fideicommissa ab intestato data deberi quasi a demente.

Mag nun die Ansicht des Scaevola hier sein, welche sie will⁹⁾, Paulus, der das neuere Recht vorträgt, erklärt ganz zweifellos die Entrichtung der in einem durch die Inoffiziositätsquerel beseitigten Testamente angeordneten Vermächtnisse auch dann für unnöthig, wenn dieselben zugleich für den Fall der Intestaterbfolge angeordnet sind; denn die letztwillige Verfügung, auf Grund deren sie etwa gefordert werden könnte, rühre her „quasi a demente“.

Vangerow¹⁰⁾ gibt indess ein Mittel an, wie die in einem Testamente, welches mit der Querel umgeworfen werden könnte, eingesetzten Erben die nachtheiligen Folgen dieser Umwerfung verhüten können. Es ergibt sich nämlich sowohl aus der von uns angestellten Erwägung, als auch aus dem Wortlaut der oben citirten Stellen, dass die Unmöglichkeit der Conversion nur dann eintritt, wenn das Testament wirklich durch die Querel beseitigt worden ist, nicht auch dann, wenn dasselbe aus andern Gründen wirkungslos wird. Macht daher der in einem Testamente, gegen welches die Querel zulässig wäre, eingesetzte Erbe, dasselbe durch Ausschlagung destitut, so steht seiner Conversion kein absolutes Hemmniss im Wege. Denn da die Inoffiziositätsquerel erst nach der Antretung gegen die Erben angestellt werden kann¹¹⁾, so kann

9) Eine Interpretation dieser schwierigen Stelle des Scaevola findet man bei Mühlenbruch im 35. Bande des Commentars S. 368 fgg.

10) Lehrbuch der Pandekten Bd. II § 527 Anm. 2. im Anf.

11) l. 8 § 10 D. de inoff. test. V 2, l. 36 § 2 C. eod. III 28.

sie in diesem Falle gar nicht angestellt werden und deshalb auch von einer fingirten dementia des Erblassers nicht mehr die Rede sein; kurz, der einzige Grund, der der Möglichkeit, dass jenes unwirksame Testament alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitze, im Wege stand, ist fortgefallen. Das Testament ist ungültig wegen Wegfalls des Erben und die in § 3 sub 6 angegebenen Regeln kommen zur Anwendung¹²⁾.

12) Nach dem im Texte Gesagten ist es kaum noch nothwendig auf die abweichenden Ansichten einzugehen. Wir wollen desshalb nur kurz die wichtigsten anführen. Zu bemerken ist dabei, dass fast alle Schriftsteller nicht die Frage behandeln, ob das wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben ungültige Testament alle Bestandtheile eines Codizills besitzen könne, sondern die Frage, ob die einem solchen Testamente hinzugefügte Codizillarklausel wirksam werden dürfe. Sie betrachten also im Gegensatz zu uns die Codizillarklausel als Hauptgrund der Conversion; vgl. darüber noch § 1 Note 8; dabei versuchen sie öfter die Unmöglichkeit der Conversion aus Gründen darzuthun, welche sich nicht auf die Unmöglichkeit des Vorhandenseins aller Erfordernisse eines wirksamen Codizills in dem unwirksamen Testamente stützen, aus Gründen, die wir daher von vornherein als nichtssagend zurückgewiesen hätten. Denn besitzt das unwirksame Testament alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills — die äussern sowohl, als die nach der Willensseite hin, — so ist es ja ein solches; kann es dieselben also besitzen, so kann es auch stets in ein solches verwandelt werden.

Insbesondere meint Mühlenbruch Bd. XXXVII S. 370 fgg., dass ein Testament, welches die Rechte eines Notherben verletze, niemals convertirt werden dürfe, weil Notherben förmlich eingesetzt oder ausgeschlossen werden müssten, eine solche Wirkung aber durch Codizille nicht erreicht werden könne, und dass die Consequenz erfordere, dass dasjenige, was durch Codizille nicht erreicht werde, auch nicht durch die Codizillarclausel bewirkt werden könne. Nun besitzen aber, was bei dieser Argumentation übersehen ist, die Notherben keinen absoluten Anspruch auf Erbeinsetzung oder Ausschiessung, sondern es tritt die Nothwendigkeit einer förmlichen Bedenkung erst dann ein, wenn der Erblasser ein Testament errichtet. Wenn aber das wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben ungültige Testament convertirt wird, so tritt entweder

Noch müssen wir an dieser Stelle eine Streitfrage berühren, welche fast stets in gegenwärtigem Zusammenhange

Intestaterbfolge oder Erbfolge aus einem Testamente ein, welches die Notherben gehörig berücksichtigt, jedenfalls werden diese in keiner Weise in ihren Ansprüchen gekränkt. Nicht zu billigen ist auch die Interpretation, die Mühlenbruch von l. 24 § 11 cit. gibt; er legt der Stelle den Sinn unter, dass ein durch agnatio postumi rumpirtes Testament zwar in allen seinen Bestimmungen ungültig werde, blosse Intestatcodizille aber nicht. Dass in der Stelle aber von einer Codizillarklausel die Rede ist, folgt nicht allein aus den bereits angestellten Erwägungen, sondern insbesondere auch aus der Vergleichung unsrer Stelle mit l. 1 C. de fid. lib. VII 4, l. 29 C. de fid. VI 42 und dem auf S. 47 Gesagten.

Fein, dem diese Widerlegung Mühlenbruch's im Wesentlichen entnommen ist, gelangt auf anderm Wege zu dem gleichen Resultate, wie Mühlenbruch. Vgl. Bd. XXXV S. 324 fgg. Er beruft sich auf zwei seiner Ansicht nach bisher vernachlässigte Stellen, nämlich l. 2 D. de leg. III und l. 31 C. de fideic. VI 42. In Folge dieser Stellen könnte einem präterirten Notherben vom Erblasser kein Vermächtniss auferlegt werden. Wenn dies aber nicht einmal ausdrücklich geschehen könne, sei es auch nicht durch Hinzufügung der Codizillarklausel möglich. Der Grund dieser Entscheidung sei, wie insbesondere aus l. 31 cit. hervorgehe, darin zu suchen, dass der präterirte Notherbe iniuria affectus sei. Liesse sich hiergegen auch geltend machen, dass ein Erblasser seinen Notherben vorbehaltlich des Pflichttheils mit Intestatcodizillen belasten könne, so entspräche es doch offenbar dem natürlichen Rechtsgeföhle, dass ein Sohn, der vom Vater auf lieblose Weise behandelt worden sei, zur Ausführung des ihn verletzenden väterlichen Willens die Hand reiche. L. 24 § 11 cit. erkläre sich aber hinlänglich dadurch, dass die Codizillarklausel allen Intestaterben gegenüber, die nicht präterirte Notherben und nicht iniuria affecti seien, wirksam werden müsse; in dem von l. 24 § 11 cit. behandelten, konkreten — vgl. Anm. 4 dieses Paragraphen — Falle seien neben der postuma noch andre Intestaterben iniuria non affecti vorhanden gewesen, denen gegenüber die Codizillarklausel wirksam sei. Seien nun auch die übrigen untheilbaren Vermächtnisse ungültig, so führe doch der favor libertatis zur Aufrechterhaltung der Freiheitsertheilungen.

abgehandelt wird. Fast sämtliche Schriftsteller nämlich, welche die Möglichkeit der Conversion eines wegen Verletzung des Rechtes eines Notherben ungültigen Testamentes in ein wirksames Codizill im Allgemeinen zugeben, glauben doch dann eine Ausnahme statuiren zu müssen, wenn ein Testament irrthümlich einen Notherben übergeht. Denn, so meinen dieselben, habe der Erblasser auch für den Fall der Unwirksamkeit seines Testamentes die Conversion desselben in ein Codizill gewollt, so habe er mit letzterem doch keinesfalls einen Notherben belasten wollen, von dessen Dasein er keine Kenntniss besass. Weil aber der Erblasser diesen Notherben nicht habe belasten wollen, so dürfe derselbe auch nicht als belastet gelten, selbst wenn dem strengen Wortlaute der vorliegenden letztwilligen Verfügung nach derselbe belastet wäre. Da nun der Erbe des Erblassers das für den Fall der Un-

Nun drücken die beiden Stellen, auf welche sich Fein beruft, nur den bekannten Grundsatz aus, dass ein in einem Testamente präterirter Notherbe durch dieses Testament nicht onerirt werden kann; wird er gegen das Testament zur Erbfolge berufen, so sind alle ihm auferlegten Vermächtnisse nichtig. Hat aber das Testament die Codizillarclausel, sind also die Notherben auch für den Fall der Intestaterbfolge onerirt, so kann, wenn diese eintritt, von einer Präterition und iniuria affectio nicht mehr die Rede sein, vielmehr ist die ganze Sachlage so anzusehen als ob der Erblasser nur ein Intestatcodizill errichtet hätte. Die richtige Erklärung der l. 24 § 11 cit. haben wir bereits gegeben.

Eine sonderbare Ansicht hegt noch Mayer bezüglich der durch bonorum possessio c. t. unwirksam gewordenen Testamente. Er hält dieselben für nicht convertirbar, weil bei ihnen genau genommen ex testamento geerbt würde, indem die Intestaterbfolge ins Testament hineingetragen werde d. h., wenn ich recht verstehe, weil gar kein unwirksames Testament vorhanden sei. Zu dieser irrigen Ansicht hat ihn wohl der Umstand verleitet, dass manche Verfügungen des durch bonorum possessio c. t. umgeworfenen Testamentes durch ausserordentliche Rechtsmittel aufrecht erhalten werden; in Folge des in § 2 sub 1 Gesagten nennen wir dasselbe aber mit Recht ein unwirksames Testament.

wirksamkeit des Testaments angeordnete Codizill nicht zu erfüllen brauche, weil er damit nicht belastet sei, die mit demselben Belasteten aber deshalb nicht, weil sie nichts von der Erbschaft erhielten, so könne auch von einer Conversion des unwirksamen Testaments in ein Codizill nicht die Rede sein, indem es an einem zur Erfüllung dieses Codizills Verpflichteten — einem wesentlichen Erfordernisse eines wirksamen Codizills — fehle. Seien aber neben dem irrthümlich präterirten Notherben noch andere nicht irrthümlich präterirte Notherben vorhanden, so stünde der Conversion des unwirksamen Testaments in ein Codizill, soweit diese Notherben damit belastet seien, nichts im Wege.

Es ist auffallend, dass man den im Vorstehenden genannten Fall der Unmöglichkeit der Conversion als eine Ausnahme der in diesem Paragraphen aufgestellten Regel ansehen konnte, wie dies von Vangerow, Mühlenbruch, Fein, Rosshirt, Mayer geschieht. Von der Regel, dass ein Testament convertirt werden könne, welches wegen Präterition eines Notherben ungültig ist, würde eine Ausnahme bilden etwa der Grundsatz, dass die Conversion dann nicht möglich wäre, wenn jener Notherbe, dessen Uebergehung die Ungültigkeit des Testaments herbeiführte, irrthümlich präterirt worden wäre. Wir beschäftigen uns aber mit der Frage, ob ein als Codizill und zwar als Intestatkodizill¹³⁾ aufrecht erhaltenes unwirksames Testament einen Notherben belaste, welcher bei der Abfassung desselben dem Erblasser nicht als vorhanden bekannt war. Ob die Präterition Grund der Unwirksamkeit des Testaments ist, oder ob dasselbe aus irgend einem anderen Grunde unwirksam ist, ist hierbei vollständig gleichgültig. Ist, wie behauptet wird, jener Notherbe wirk-

13) Wir brauchen hier desshalb nur auf Intestatkodizille Rücksicht zu nehmen, weil Jemand der über das Vorhandensein eines Notherben irrt, schwerlich ein gültiges Testament d. h. ein solches, in dem er alle seine Notherben in geziemender Weise bedacht hat, hinterlassen wird.

lich nicht belastet, so kann, wenn er einziger Erbe ist, das Testament nie in ein wirksames Codizill convertirt werden, aus welchem Grunde auch immer dasselbe unwirksam ist; wenn umgekehrt andere Notherben mit dem irrthümlich präterirten zusammen erben, kann dasselbe auch dann in ein wirksames Codizill convertirt werden — freilich nur zum Theil — wenn die irrthümliche Präterition der Unwirksamkeitsgrund des Testaments war.

Es gehört aber die so formulirte Frage gar nicht in die Lehre von der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill, sondern in die Lehre von den Erfordernissen eines wirksamen Codizills. Sie ist identisch mit der Frage, ob ein Intestatcodizill überhaupt — nicht nur ein in ein solches convertirtes Testament — einen Notherben belaste¹⁴⁾, dessen Dasein dem Erblasser bei Abfassung des Codizills nicht bekannt war. Ein zur Erfüllung des Codizills Verpflichteter gehört zu den wesentlichen Erfordernissen der Wirksamkeit eines solchen; wer zu dieser Erfüllung verpflichtet ist, ist nicht an dieser Stelle zu erörtern, sondern muss in der Lehre von diesen Erfordernissen besprochen werden.

B. Die Codizillarklausel.

§. 5. Ihre Form.

Die zweite Frage, welche wir an dieser Stelle zu behandeln haben, ist diejenige, von welcher Beschaffenheit die

14) Selbstverständlicher Weise denken wir dabei stets an solche Intestatcodizille, welche schlechthin alle Erben oder doch alle Erben mit Ausnahme bestimmter belasten, in der Art, dass dem Wortlaute nach der in Rede stehende Notherbe als belastet erscheint. Ist das Codizill so abgefasst, dass dieser nicht als belastet erscheint, so kann von einer Verpflichtung desselben zur Erfüllung des Codizills niemals die Rede sein.

Erklärung eines Erblassers sein unwirksames Testament solle als Codizill wirken, also die Codizillarklausel sein muss, um dem Willen des Erblassers jene Conversion geschehen zu lassen, gehörigen Ausdruck zu verleihen.

Es kann nicht zweifelhaft sein, dass jene Erklärung eine *ultima voluntas* ist, mithin von den Bestimmungen der l. 8 § 3 C. de cod. VI. 36 beherrscht wird. Daher kann dieselbe nur in einem Testamente oder in einem Codizille abgegeben werden. Dass in den Quellen dieser Umstand nirgends ausdrücklich hervorgehoben wird, erklärt sich daraus, dass die citirte l. 8 § 3 zur Zeit der klassischen Jurisprudenz noch nicht erlassen war. Ist dem Willen ein unwirksames Testament als Codizill gelten zu lassen in anderer als der durch die citirte l. 8 § 3 vorgeschriebenen Form Ausdruck gegeben, so ist eine solche Codizillarklausel nur insofern von Bedeutung, als sie die Wiederholung oder richtige Interpretation einer früheren unter Beobachtung der nöthigen Formalitäten angeordneten ist¹⁾.

In der Regel wird die Codizillarklausel in dem Testamente abgegeben werden, auf welches dieselbe Bezug hat, indem der Erblasser verfügt: „dieses, mein Testament soll, wenn es als Testament ohne Wirkung ist, womöglich wenigstens als Codizill aufrecht erhalten werden“; die Codizillarklausel kann aber auch sowohl vor als nach der Errichtung des Testaments abgegeben werden, dessen Conversion sie vermitteln soll, in der Form: „das Testament, welches ich errichten werde, soll u. s. w.“, oder: „das Testament, welches ich errichtet habe, soll u. s. w.“, und muss ihr alsdann die gleiche Kraft zugemessen werden, als wenn sie in dem Testamente selbst stände, auf welches sie sich bezieht, weil jede erlaubte letztwillige Verfügung so lange gilt, bis ein ihre Wirksam-

1) Es sei denn, dass die Codizillarklausel in einem privilegierten Testamente oder Codizille steht; in einem solchen kann dieselbe, wie jede andere letztwillige Verfügung ohne Beobachtung der in l. 8 § 3 cit. vorgeschriebenen Formalitäten rechtskräftig angeordnet werden.

keit zerstörender Umstand eintritt. Vor dem Testamente, zu dessen Conversion sie mithelfen soll, kann sie abgegeben werden

a) in einem Testamente. Ist dies geschehen, so muss, damit sie von Bedeutung sein kann, das zweite Testament, also dasjenige Testament, auf welches sie Bezug hat, von Anfang an ungültig gewesen sein, so dass das erste Testament durch die Errichtung des zweiten nicht rumpirt worden ist. Ist nämlich das erste Testament rumpirt worden, so sind alle Bestimmungen desselben, also auch die Codizillarklausel nichtig. Und hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass in der Regel die Codizillarklausel nicht mit den übrigen Bestimmungen eines Testaments ungültig wird, weil sie gerade für den Fall der Unwirksamkeit des Testaments angeordnet ist; denn hier ist sie angeordnet nicht für den Fall der Unwirksamkeit des ersten, sondern für den Fall der Unwirksamkeit des zweiten Testaments. Ist aber das zweite Testament von Anfang an ungültig, so ist die Codizillarklausel eine rechtskräftige Verfügung und die Eventualität, für welche sie angeordnet ist, ist eingetroffen²⁾.

2) Wenn die Conversion des zweiten Testaments in ein Codizill stattfindet, so wird dasselbe in ein testamentarisches und zwar in ein unbestätigtes testamentarisches Codizill verwandelt, denn die in dem ersten Testamente befindliche Codizillarklausel schliesst eine confirmatio, welche direkter Worte bedarf, an und für sich nicht in sich. Vgl. Fein Bd. XLIV S. 199 fgg. Freilich kann mit der Codizillarklausel eine confirmatio verbunden sein. Dass wo dies der Fall ist nicht der Ansicht des J. H. Böhrer (*de codicillis absque testibus validis*, in *Exercit. ad Pand. tom. V no. 78*), zu folgen sei, wonach bestätigte Codizille der Förmlichkeiten, welche sonst Codizille nöthig haben, nicht bedürften s. v. Vangerow II. § 526 Anm. 1 III und die dort zitirten. Bezüglich der in futurum bestätigten Codizille, von welchen wir im Texte sprechen, ist die Böhrer'sche Ansicht wohl ganz verlassen, und die Richtigkeit der Behauptung, dass ein Testament, welches als in futurum bestätigtes Codizill aufrecht erhalten werden soll, stets den Vorschriften der l. 8 § 3 C. de cod. VI 36 genügen muss, wird wohl nicht mehr angezweifelt.

b) Die Codizillarklausel kann vor dem Testamente, zu welchem sie gehört, abgegeben werden in einem Codizille. Wird sie abgegeben in einem testamentarischen Codizille, so ist die ganze Sachlage so zu beurtheilen, als ob sie in dem Testamente abgegeben worden sei, dessen Theil jenes testamentarische Codizill bildet. Wird sie aber in einem Intestaticodizill abgegeben, so bildet sie stets eine rechtskräftige Verfügung, wenn nur das nachfolgende Testament unwirksam ist, einerlei, ob dasselbe von Anfang an unwirksam war oder erst später unwirksam wird. War das Testament von Anfang an ungültig, so wurde das Intestaticodizill, in welchem sich die Codizillarklausel befindet, in seiner Wirksamkeit ja gar nicht alterirt; war dasselbe aber im Anfang gültig, so wurde das Intestaticodizill ebenfalls nicht aufgehoben, sondern in ein testamentarisches Codizill verwandelt; alle seine Verfügungen, die nicht speciell widerrufen sind, bleiben in Kraft³⁾.

Nach der Errichtung eines Testaments kann der Wille, dasselbe für den Fall seiner Unwirksamkeit als Codizill gelten zu lassen, erklärt werden

a) in einem Testamente. Dieses Testament rumpirt das frühere Testament, wenn dasselbe nicht bereits ungültig war. Freilich kann das frühere Testament in ein testamentarisches

3) Der Umstand, dass ein Intestaticodizill bei Errichtung eines Testaments nicht aufgehoben, sondern in ein testamentarisches verwandelt werde, ist, wie fast jeder Punkt in der Lehre von den Codizillen, bestritten. Unsere Ansicht vertheidigen Donellus comment. iur. civ. lib. VII cap. 19 § 18 (dazu Osw. Heilliger Donell. enucl. eod. Not. J) und Comment. in l. 3 C. de cod. (p. 475), v. Vangerow § 526, Windscheid § 640 und besonders Fein Bd. XLIV S. 169 fgg. Letzterer nimmt eine ausführliche Interpretation der beiden einschlagenden Stellen, der l. 5 D. de iure cod. XXIX 7 und der l. 1 J. de cod. II 25 vor und widerlegt dabei m. E. in überzeugender Weise die Argumente der Vertreter der gegnerischen Ansicht. Doch a. M. als Fein ist z. B. Cuiacius in lib. VII Resp. Papiniani ad l. 5 D. cit. (Opp. Lugd. T. IV p. 984), Notae posterior. ad § 1 J. cit. (T. I p. 188), Obs. lib. 18 cap. 7, Thibaut § 980, Arndts Lehrbuch § 551 Anm. 2.

Codizill convertirt werden⁴⁾, wenn es nur alle Erfordernisse eines solchen besitzt⁵⁾.

b) Nach der Errichtung eines Testaments kann die Codizillarklausel für dasselbe in einem Codizille angeordnet werden. Alsdann ist dieselbe stets rechtskräftig, wenn das Testament bei der Errichtung des späteren Codizills noch gültig war, als Inhalt eines testamentarischen, sonst als Inhalt eines Intestatcodizills⁶⁾.

4) Fälle, in welchen einem Testamente in einem spätern Testamente die Codizillarklausel hinzugefügt und dasselbe als testamentarisches Codizill aufrecht erhalten wird, besprechen l. 19 D. de test. mil. XXIX 1, l. 12 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3 und l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1 cf. § 3 J. quib. mod. test. II. 17.

5) Das in Note 2 Gesagte ist auch hier zu beachten; jenes frühere Testament wird, wenn es convertirt wird nicht als bestätigtes, sondern als unbestätigtes Codizill aufrecht erhalten, es sei denn, dass in dem zweiten Testamente den besondern für die confirmatio geltenden Formvorschriften genügt ist. So erklärt sich auch, dass in der citirten l. 19 pr. § 1 D. de test. mil. von einer Conversion des frühern Testaments in causam fideicommissi et codicillorum die Rede ist und dass in l. 12 § 1 D. de ini. rupt. sogar ausdrücklich die Umwandlung der Legate und direkten Freiheitsertheilungen in fideicommissarische Verfügungen hervorgehoben wird, während, wenn das frühere Testament als bestätigtes Codizill aufrecht erhalten würde, eine derartige Umwandlung in causam fideicommissi durch Nichts geboten wäre. Dass das unwirksame Testament in dem Fall, wo es als bestätigtes Codizill aufrecht erhalten wird, allen Formvorschriften, die für ein gültiges Codizill existiren, genügen muss, ist nicht unbestritten. Vgl. Note 2 dieses Paragraphen. Mancher Rechtslehrer, welcher die Beobachtung dieser Formvorschriften bei in futurum bestätigten Codizillen für unerlässlich hält, glaubt dass die confirmatio in praeteritum die Formalitäten eines Codizills ersetze. Vgl. Fein Bd. XLV S. 131 fgg.; doch findet Fein m. E. hinlängliche Widerlegung durch Sintenis Bd. III § 208 Anm. 7 und v. Vangerow Bd. II § 526 Anm. 1 insbes. a. E.

6) Bekanntlich hebt ein späteres Codizill ein früheres nur auf, soweit der Inhalt beider unvereinbar ist; § 3 J. de cod. II 25, l. 6 § 1 D. de iure cod. XXIX 7.

Schon daraus, dass die Codizillarklausel nur in einem Testamente oder Codizille angeordnet werden kann, geht hervor, dass dieselbe nur durch Worte, gesprochene oder geschriebene Worte angeordnet werden kann; denn nur Worte können den durch die l. 8 § 3 C. de cod. vorgeschriebenen Formalitäten genügen. Was für Worte aber gebraucht worden sind, ist vollständig gleichgültig, insofern dieselben nur den Willen des Erblassers das unwirksame Testament als Codizill gelten zu lassen an den Tag legen; insbesondere ist es nicht erforderlich, dass lateinische Worte gebraucht worden sind⁷⁾, insbesondere ist es ferner nicht erforderlich, dass in der Erklärung des Erblassers die Worte Testament oder Codizill vorkommen. Zahlreiche Stellen beweisen dies⁸⁾. Welche Erklärung den Willen des Erblassers die Conversion geschehen zu lassen, an den Tag legt, ist auf dem Wege der Interpretation festzustellen.

Ganz mit Recht ist eine weitere Form für die Codizillarklausel nicht vorgeschrieben. Da ihr Zweck nur ist, das Vorhandensein eines bestimmten Willens des Erblassers darzuthun, so muss derselbe auch durch jede Erklärung erreicht werden, welche das Dasein jenes Willens wirklich beweist.

Um etwaigen Missverständnissen bei der Interpretation vorzubeugen, pflegte man in der Praxis vorsichtig zu sein und unzweideutige Ausdrücke zu wählen. Ulpian⁹⁾ sagt „plerique pagani solent, cum testamentum faciunt per scripturam¹⁰⁾, adicere, velle hoc etiam vice codicillorum valere“.

7) l. 29 § 1 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1.

8) Von diesen Stellen führen wir nur an l. 41 § 3 D. de pup. et vulg. subst. XXVIII 6, l. 8 § 1 C. de cod. VI 36, l. 77 § 23, l. 88 § ult. D. de leg. II; die Erklärung dieser Stellen findet man bei Fein, Mayer, Römer u. a.

9) l. 3 D. de test. mil. XXIX 1.

10) Ulpian fügt die Worte per scripturam hinzu, weil zu seiner Zeit ein mündliches Testament die Erfordernisse eines wirklichen Codizills nicht besitzen, also auch nicht in ein solches con-

In einem Testamente aus der Regierungszeit Justinians ist die Codizillarklausel in folgende Worte gekleidet: „quod si iure civili vel praetorio aut cuiuslibet novellae legis interventu forsitan valere nequiverit, ab intestato vice codicillorum meorum valere volo“. In der deutschen Praxis war folgende Formel stereotyp geworden: „Dafern aber dieses mein Testament einiger Ursachen und Mängel halben von Rechtswegen nicht als ein solenner zierlicher letzter Wille oder zu Recht beständiges Testament gelten oder kräftig sein sollte, so will ich doch, dass solches als ein testamentum nuncupativum, Codizill, Fideicommiss, donatio mortis causa oder wie es sonst immer den Rechten nach am besten geschehen kann, gelten und kräftig sein soll.“ Es drückt diese Formel ausser dem Willen das Testament im Fall seiner Unwirksamkeit als Codizill zur Wirkung kommen zu lassen auch noch den Willen des Erblassers aus dasselbe eventuell als testamentum nuncupativum u. s. w. gelten zu lassen¹¹⁾. Die zuletzt hinzugefügte Klausel „oder wie es sonst immer u. s. w.“ wird die *clausula omni meliore modo* genannt; sie schliesst die Codicillarklausel in sich. Diese *clausula omni meliore modo* kommt schon im

vertirt werden konnte. Aus demselben Grunde ist in den meisten Stellen der klassischen Jurisprudenz, die von unserm Thema handeln, ausdrücklich nur von der Conversion eines schriftlichen Testaments die Rede; vgl. l. 29 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1, l. 41 § 3 D. de pup. et vulg. subst. XXVIII 6, l. 8 § 1 C. de cod. VI 36, l. 11 C. de test. man. VII 2; dass in einigen Stellen dies nicht der Fall ist, ist einer Lizenz im Ausdruck seitens der römischen Juristen zuzuschreiben.

11) Die meisten dieser Clauseln sind bedeutungslos; als testamentum nuncupativum gilt ein Testament, wenn es nur allen Erfordernissen eines solchen genügt, auch ohne jede Klausel; in causam fideicommissi werden seine Verfügungen verwandelt, wenn es als Codizill zur Geltung kommt; als donatio mortis causa kann es nur wirken, wenn Acceptation stattgefunden hat; in Folge der *clausula omni meliore modo* kann es noch eventuell als Oral-fideicommiss aufrecht erhalten werden.

classischen Rechte vor und lautet in einer Stelle des Paulus¹²⁾:
„Ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας. Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit“.

Man hat vielfach die Behauptung aufgestellt, dass die Codizillarklausel auch stillschweigend angeordnet werden könne. Mir scheint diese Ausdrucksweise schon deshalb unrichtig, zum mindesten sehr gewagt zu sein, weil, wie wir gesehen haben, die Anordnung der Codizillarklausel nur durch Worte erfolgen kann. In der Einsetzung eines heres ex re certa in einem zweiten gültigen Testamente hat man dann eine stillschweigend angeordnete Codizillarklausel für ein früheres Testament finden wollen. M. E. drückt nun eine solche heredis institutio ex re certa durchaus nicht den Willen aus, das frühere Testament als Codizill weiter gelten zu lassen und ist daher auch keine Codizillarklausel. Hiergegen hat man aber geltend gemacht, die römischen Juristen hätten die Vermuthung aufgestellt, dass mit einer solchen heredis institutio ex re certa stets die Absicht verbunden gewesen sei, das frühere Testament in ein Codizill zu verwandeln, wenn der Erblasser nicht das Gegentheil ausgedrückt habe, und sich hierfür auf l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1 bezogen. Nun mag ich nicht bestreiten, dass sich wohl einige Gründe finden liessen, welche die römischen Juristen zur Aufstellung einer solchen Vermuthung hätten veranlassen können. Dass dies aber geschehen ist, lässt sich aus der bezogenen Stelle gewiss nicht beweisen. Dieselbe lautet¹³⁾:

„Si quis priore facto testamento, posterius fecerit testamentum: etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit, superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt: cuius constitu-

12) l. 29 § 1 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1.

13) Im Wortlaute stimmt von geringen Abweichungen abgesehen überein § 3 J. quib. mod. test. inf. II 17.

tionis verba retuli, cum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt. Imperatores Severus et Antoninus Cocceio Campano: Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset: sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex Lege Falcidia hereditatem restituat his, qui priore testamento scripti fuerant propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum.“

In dem in diesem kaiserlichen Rescripte besprochenen Falle hat ein Erblasser zwei Testamente errichtet, in dem zweiten das frühere rumpirenden einen heres ex re certa eingesetzt und an ihn die Bitte gerichtet, ut priores tabulae valerent¹⁴). In Folge der kaiserlichen Entscheidung soll, wie sich dies auch nach dem bisher von uns Gesagten von selbst versteht, der heres ex re certa „contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia“ die Erbschaft an die im früheren Testamente eingesetzten Erben restituiren. Bis hieher ist der Sinn unserer Stelle nicht zweifelhaft; nun kommt aber der viel bestrittene Schlusssatz. Die Accursische

14) Die von Neuner in seinem Werke die hereditatis institutio ex re certa S. 73 fgg. vertretene Ansicht, dass in dem zweiten Testamente eine institutio ex re certa, aber keine Bitte an den Eingesetzten, ut priores tabulae valerent, enthalten gewesen sei, wird wohl heute kaum noch von Jemand getheilt. Schon die unbefangene Betrachtung lässt die Uebersetzung der Worte: „propter inserta fideicommissaria expressum est“ mit „weil die Beschränkung des Eingesetzten auf res certae als verba fideicommissaria enthaltend aufzufassen ist, durch welche der Testator ausgedrückt hat sein früheres Testament solle fortbestehen“ als mehr als gezwungen erscheinen. Im Uebrigen s. gegen Neuner Fein Bd. XXXV S. 270—273.

Glosse¹⁵⁾, meint er sei dahin zu verstehen, dass die Bestätigung des früheren Testaments in jeder Hinsicht von Wirkung sein sollte, wenn nicht der Testator eine oder die andere Sache speciell von der Restitutionsverbindlichkeit ausgenommen habe. Ganz ähnlich heisst es dann in l. 16 § 1 D. de test. mil. von einem Testamente, welches in einem nachfolgenden mit der Codizillarklausel versehen worden war: „Sed mihi videtur non solum caetera praeter institutionem heredis, sed et ipsam institutionem in causam fideicommissi vertisse, nisi aliud testatorem scripsisse probetur“. Diese Interpretation des Schlusssatzes unserer Stelle würde jede Möglichkeit abschneiden aus derselben zu folgern, dass die Römer in der heredis institutio ex re certa eine Codizillarklausel für ein früheres Testament erblickt hätten. Ihre grammatische Richtigkeit gibt selbst Fein zu, der als Hauptvertreter der gegnerischen Ansicht eine andere Interpretation unseres Schlusssatzes befürwortet. Er fasst intelligendum est als im Gegensatz zu dem vorausgehenden expressum est gesagt auf und meint, der Schlusssatz sei zu ergänzen: Et hoc (sc. ut valerent priores tabulae) ita (sc. quamvis non fuerit expressum) intelligendum est etc. d. h. es werde das frühere Testament durch die Einsetzung eines heres ex re certa in einem zweiten Testamente stillschweigend bestätigt, wenn nicht der Erblasser etwas dieser Vermuthung Entgegenstehendes ausgesprochen habe. Fein meint, diese Deutung des Schlusssatzes sei grammatisch gerade so zulässig, als die der Glosse, logisch müsste ihr aber deshalb der Vorzug gegeben werden, weil sie der Stelle eine tiefere Bedeutung gebe. M. E. lassen sich schon von grammatischem Standpunkte aus Bedenken gegen die Fein'sche Uebersetzung erheben. Betrachten wir zunächst einmal das Wörtchen „hoc“; worauf weist dasselbe hin? Doch wohl auf den ganzen, im vorhergehenden Rescript

15) Aehnlich Mühlenbruch Bd. XXXVIII S. 473—474 und Mayer § 24 Anm. 12.

geschilderten Thatbestand, also auf die Errichtung eines Testaments, in welchem ein heres ex re certa eingesetzt und die Codizillarklausel für ein früheres Testament angeordnet worden ist. Freilich wäre es der Klarheit halber rätlicher gewesen, diesen Begriff zu wiederholen; aber es wird sehr oft vorkommen — ebenfalls im Deutschen —, dass Jemand in einem Satze, welcher wie unser Schlusssatz den Character eines flüchtig hinzugefügten Anhängsels trägt¹⁶⁾, anstatt einen bereits gegebenen, nur mit vielen Worten zu präcisirenden Begriff abermals zu geben, aus Bequemlichkeit das hinweisende Fürwort gebraucht, wenn dies auch auf Kosten der Deutlichkeit geschieht. Fein aber muss das hinweisende Fürwort beziehen auf die Errichtung eines Testaments, in dem zwar ein heres ex re certa eingesetzt worden, aber an diesen nicht die Bitte gerichtet worden ist, ut priores tabulae valerent. Von einem solchen Falle war aber in der ganzen Stelle nicht die Rede, wie soll derselbe nun plötzlich blos durch den Gebrauch des hinweisenden Fürwortes hoc darin eingeführt werden können? Mir scheint dies ganz unmöglich, und schon deshalb die Fein'sche Interpretation zu verwerfen zu sein. Uebrigens spricht auch das Wörtchen specialiter gegen Fein. Bedeutete der Schlusssatz dem heres ex re certa liege stets die Restitutionsverbindlichkeit auf, so hätte es genügt zu sagen „si non contrarium in secundo testamento fuerit scriptum“. Die Erklärung der Glosse rechtfertigt das Dasein des Wörtchens specialiter durchaus, indem ihr zufolge der Schlusssatz bedeutet, alle Verfügungen des früheren Testaments seien in Folge der im zweiten Testamente enthaltenen fideicommissaria verba zur Ausführung zu bringen, wenn nicht eine einzelne speciell ausgenommen worden sei.

Aus logischen Gründen lässt sich ebenfalls die Richtigkeit der Fein'schen Erklärung schwerlich nachweisen. Eine

16) Dass unser Schlusssatz ein solches Anhängsel sei, findet eine schwerwiegende Bestätigung in dem Umstande, dass er in der gleichlautenden Institutionenstelle fehlt.

tiefere Bedeutung ist für eine Stelle nur dann ein Vorzug, wenn sie die richtige Bedeutung ist; dass im Zweifel die tiefere Bedeutung die richtigere ist, sehe ich nicht ein. In unsrer Stelle würde die angeblich tiefere Bedeutung in Widerspruch gerathen mit den sonst über die *heredis institutio ex re certa* geltenden Grundsätzen, während die Erklärung, welche die Glosse von der Stelle gibt, trefflich damit harmonirt. Ein *heres ex re certa* gilt nämlich in der Regel als *heres sine parte detracta certae rei mentione*¹⁷⁾. Nur wenn die Disposition, in welcher er ernannt ist, so beschaffen war, dass aus ihr nicht nur die Absicht des Erblassers hervorgeht, seinen Erben auf die *res certa* zu beschränken, sondern auch zu wessen Gunsten die Beschränkung eintreten soll, ist der Erbe verpflichtet, „*contentus rebus sibi datis aut suppleta quarta ex lege Falcidia*“ denjenigen die Erbschaft zu restituiren, zu deren Gunsten der Erblasser ihn auf die *res certa* beschränkt hat. Nach allgemeinen Grundsätzen müsste daher der in einem zweiten Testamente schlechthin ernannte *heres ex re certa* ohne weiteres zum *heres ex asse* werden. Eine Abweichung von diesen Grundsätzen auf eine, wie selbst Fein zugibt, mehrdeutige Stelle hin anzunehmen, wären wir nicht einmal dann berechtigt, wenn die Fein'sche Uebersetzung von grammatischem Standpunkte aus zulässig wäre.

Ein Erblasser kann die Erklärung, sein Testament solle, wenn es als Testament unwirksam wäre, als Codizill gelten, auch so abgeben, dass dieselbe sich nur auf bestimmte Fälle der Unwirksamkeit des Testaments bezieht oder dass sie sich auf bestimmte Fälle der Unwirksamkeit des Testaments nicht bezieht. Wird alsdann das Testament in einem Falle unwirksam, den jene Erklärung berücksichtigt, so hat es die Codizillarklausel, wird es aber in einem Falle unwirksam, den jene Erklärung nicht berücksichtigt, so fehlt ihm dieselbe.

17) l. 1 § 4 D. de her. inst. XXVIII 5. S. überhaupt zu der Lehre von der *institutio ex re certa* v. Vangerow II § 449 Anm. 2 und die dort Citirten.

Der Erblasser kann auch den Willen, sein unwirksames Testament als Codizill gelten zu lassen, nur bedingungsweise erklären. Da die Anordnung der Conversion des unwirksamen Testaments nichts anderes ist, als die Anordnung eines Codicills, welches mit einem Testamente gleichen Inhalts ist, für den Fall der Unwirksamkeit dieses Testaments, so sind dabei alle Bedingungen zulässig, welche einem Codizille beigefügt werden können.

Der Erblasser kann auch, indem er erklärt, sein unwirksames Testament solle als Codizill gelten, noch einige andere Bestimmungen über dieses Codizill, als welches sein Testament gelten soll, treffen. Oft werden sich solche Bestimmungen mit der Codizillarklausel in einer Erklärung vereinigt vorfinden. Insbesondere ist es möglich anzuordnen:

a) dass in dem Codizille, als welches sein unwirksames Testament gelten soll, nur gewisse Verfügungen dieses Testaments stehen¹⁸⁾ oder doch gewisse Verfügungen desselben nicht stehen sollen¹⁹⁾.

b) dass nicht alle diejenigen, welche Erben des Erblassers werden können, verpflichtet sein sollen, jenes Codizill zu erfüllen, sondern nur bestimmte Erben des Erblassers²⁰⁾ oder alle Erben mit Ausnahme bestimmter. Ist nichts darüber gesagt, wer das Codizill zu erfüllen hat, so muss dasselbe gerade so wie jedes andere Codizill von jedem erfüllt werden, der Erbe des Erblassers wird²¹⁾. Ist das Codizill nur einem

18) S. z. B. l. 77 § 23 D. de leg. II, l. 9 D. de leg. III, l. 24 § 11 D. de fid. lib. XL 5.

19) S. z. B. l. 19 § 1 D. de test. mil. XXIX 1, l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1.

20) S. z. B. l. 77 § 23 D. de leg. II, l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1, l. 19 D. de test. mil. XXIX 1.

21) Alle möglichen Fälle der Erbfolge berücksichtigt die Codizillarklausel, welche sich in l. 9 D. de leg. III und l. 13 D. de inoff. test. V 2 findet. Nothwendig ist eine solche Berücksichtigung selbstverständlicher Weise nicht; ein schlechthin angeordnetes Co-

bestimmten Erben auferlegt, und dieser erhält nichts von dem Nachlasse des Erblassers, so sind die gleichen Grundsätze anzuwenden, welche in diesem Falle bei Codizillen überhaupt Platz greifen ²²⁾).

§ 6. Wille bei der Codizillarklausel.

Zu einer wirksamen Codizillarklausel gehört nicht blos eine ordnungsmässige Erklärung des Erblassers, dass es sein Wille sei, sein unwirksames Testament als Codizill zur Wirkung kommen zu lassen, sondern es muss der Erblasser diesen Willen auch wirklich gehabt haben. Freilich braucht derjenige, welcher das Dasein einer wirksamen Codizillarklausel behauptet und eine gehörige Erklärung des Erblassers vorlegen kann, nicht zu beweisen, dass der Erblasser jenen Willen gehabt habe, denn das Vorhandensein der gehörigen Willenserklärung begründet eine Rechtsvermuthung für die Existenz des dazu gehörigen Willens; aber sollte es seinem Gegner gelingen, das Fehlen dieses Willens zu zeigen oder auch nur darzuthun, dass derselbe an einem solchen Fehler laborire, wie er der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung überhaupt, also auch der Codizillarklausel hemmend im Wege steht ¹⁾, so wird jene Rechtsvermuthung hinfällig und von einer wirksamen Codizillarklausel kann nicht mehr die Rede sein.

In der Praxis können manche Fälle eintreten, in welchen eine in gehöriger Form erklärte Codizillarklausel dem Willen ihres Urhebers (oder ihres scheinbaren Urhebers) nicht entspricht und darum wirkungslos bleibt. Ein fast bei allen

dizill verpflichtet ja alle Erben des Erblassers. Vgl. l. 3, l. 16 D. de iure cod. XXIX 7.

22) S. Windscheid § 639 Nr. 5.

1) Die Willensfehler, welche Unwirksamkeit einer letztwilligen Disposition herbeiführen, findet man besprochen bei v. Vangerow § 430 fgg.

von der Codizillarklausel handelnden Schriftstellern angeführter Fall ist der, wo ein Notar, ohne dass der Erblasser dies gewollt hat²⁾, einem Testamente jene Klausel beifügt. Grössere Beachtung verdiente wohl ein anderer Fall, der in der neuern Litteratur nur spärlich besprochen worden ist³⁾, obwohl sich mehrere Aussprüche unserer Quellen nur mit Rücksicht auf ihn interpretiren lassen. Gemeint ist der Fall, wo einem sog. Testamentsentwurfe⁴⁾ die Codizillarklausel angehängt ist.

Uebrigens ist es nicht nothwendig, dass die einem solchen Testamentsentwurfe angehängte Erklärung, derselbe solle, wenn er als Testament wirkungslos sei, als Codizill gelten, einem wirklichen Willen des Erblassers nicht entspreche. Es kann vielmehr manches Mal jene Erklärung dem wirklichen Willen des Erblassers gemäss sein. Derselbe hat alsdann sein Testament zwar nicht als wirksames gewollt, vielmehr dessen Wirksamkeit an die Erfüllung irgend welcher Formalitäten angeknüpft, aber er hat gewollt, dass unabhängig von diesen Formalitäten sein Testament als Codizill zur Geltung komme. Hier ist eine wirksame Codizillarklausel vorhanden. Es kann aber auch jene Erklärung nur einen Theil des Testamentsentwurfes bilden, also ebenso wenig wie das unwirksame Testament als wirksam gewollt sein; ihre Wirksamkeit

2) Dass der Erblasser dies gewusst hat, ist zur Wirksamkeit der Codizillarklausel nicht erforderlich; man denke nur an den Fall, wo der des Rechts unkundige Erblasser dem Notar den Auftrag gibt, Alles zu thun was der Wirksamkeit seines letzten Willens förderlich sei, und dieser demselben die Codizillarklausel beifügt, ohne den Erblasser irgendwie mit derselben bekannt zu machen.

3) z. B. bei Mühlenbruch Bd. XXXVIII S. 404—413.

4) Dass ein Testamentsentwurf unter den von uns aufgestellten Begriff eines unwirksamen Testaments fällt, ferner, dass er alle Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzen kann s. § 3 Nr. 3 dieser Arbeit, insbesondere auch Note 3. S. dort auch den Begriff eines Testamentsentwurfes.

soll erst eintreten bei der Erfüllung gewisser vom Erblasser intendirter Formalitäten. Hier ist eine wirksame Codizillarklausel dem Testamentsentwurfe nicht hinzugefügt, weil die Erklärung des Erblassers die Conversion seines unwirksamen Testaments solle stattfinden, nicht dem Willen diese Conversion stattfinden zu lassen ihr Dasein verdankt.

Nur an Hand der bis jetzt gemachten Bemerkungen ist es uns möglich, mehrere Quellenaussprüche zu verstehen, welche bisher häufig missverstanden worden sind. Den ersten dieser Aussprüche finden wir in l. 29 pr. D. qui test. fac. poss. XXVIII 1. Paulus libro 14 Resp.

„Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum paratur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse (respondit)“.

Auf Grund einer Schrift, welche Vorbereitungen zur Errichtung eines Testaments enthält, kann, wenn das Testament unvollendet geblieben ist, auch „ea, quae fideicommissorum verba habent“ nicht verlangt werden. Unter ea, quae fideicommissorum verba habent verstehen wir wörtlich übersetzt solche Verfügungen, welche in Worte gekleidet sind, wie sie für ein Fideicommiss gebraucht zu werden pflegen. Würden wir aber diese Uebersetzung ohne Weiteres in unsere Gesetzesstelle eintragen, so würde der durch das Wörtchen „nec“ zum Ausdruck gebrachte Gegensatz zwischen den Verfügungen, welche fideicommissorum verba haben, und den übrigen in dem Testamentsentwurfe getroffenen Bestimmungen keine Erklärung finden können. Denn da unser Gesetz aus jener Zeit herrührt, wo die äussere Form eines Fideicommisses lediglich schriftliche Aufzeichnung war, so würden alle in dem Testamentsentwurfe, also in einer scriptura getroffenen Bestimmungen fideicommissaria verba besitzen. Der Gesetzgeber hat aber mit dem Ausdruck ea, quae fideicommissaria verba habent schwerlich alle Verfügungen jenes Testamentsentwurfs vor allen hervorheben wollen und muss darum darunter auch noch etwas Anderes verstanden haben.

Dieses Andre finden wir, indem wir auf die Grundbedeutung von fideicommissum zurückgehen. Ein fideicommissum ist etwas der fides des Erben besonders Anvertrautes, verba fideicommissaria also solche Worte, wie sie Verfügungen besitzen, welche dem Erben besonders an's Herz gelegt sind, solche Worte, welche eine Verfügung dem Erben besonders an's Herz legen. Da nun schon enixae voluntatis preces als Codizillarklausel angesehen werden⁵⁾, so muss dies wohl auch mit verba fideicommissaria der Fall sein. Und dass dies wirklich der Fall ist, geht ausser aus dem von uns Gesagten noch untrüglich hervor aus l. 12 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3, wo die Codizillarklausel ausdrücklich als verba fideicommissi bezeichnet wird, sowie ganz besonders aus l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXVI 1, wo es heisst, dass ein durch ein andres Testament rumpirtes Testament als Codizill zur Geltung kommen sollte „propter (sc. secundo testamento) inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret, prius testamentum expressum est⁶⁾“, wo also fideicommissaria verba als solche Worte, durch welche der Erblasser seinen Willen erklärt, sein rumpirtes Testament als Codizill gelten zu lassen, d. h. als die Codizillarklausel gedeutet werden.

Verstehen wir nun unter dem Ausdruck fideicommissaria verba die Codizillarklausel, so erhält der sich durch „nec“ aussprechende Gegensatz eine passende Deutung. Es hat unsre Stelle alsdann den Sinn, dass die in einem Testamentsentwurf getroffenen Bestimmungen nicht wirksam werden könnten, und dies nicht einmal dann, wenn sie die Codizillarklausel hätten.

Als Grund dafür, dass nicht einmal die mit der Codizillarklausel versehenen Verfügungen des Testamentsentwurfes zur Geltung kommen können, kann ich mir nur den Um-

5) l. 77 § 13 D. de leg. II.

6) In § 3 J. quib. mod. test. inf. II 17, wo sich dasselbe Gesetz wie in l. 29 D. cit. wiederfindet, heisst es fideicommissi verba.

stand denken, dass die Codizillarklausel mangels des gehörigen Willens des Erblassers eine wirksame Codizillarklausel nicht ist. Denn drückte dieselbe den Willen des Erblassers aus den Testamentsentwurf als Codizill zur Geltung kommen zu lassen, so würde derselbe ein wirksames Codizill darstellen, weil ihm zu einem solchen kein wesentliches Requisit fehlte ⁷⁾).

Anders wird die Stelle indess von R ö m e r ⁸⁾ verstanden, welcher glaubt, dass dieselben nur den Grundsatz ausdrücke, dass die Codizillarklausel niemals subintelligirt werden dürfe. Er übersetzt sie dahin, dass aus einem Testamentsentwurfe auch dasjenige nicht verlangt werden dürfe, was darin die Form des Fideikommisses hat und — dies müsste man hinzudenken — an sich (d. h. wenn die Codizillarklausel nicht fehlte) als (besser wäre: in einem) Codizill aufrecht erhalten werden könnte, weil ja hierzu überhaupt nur schriftliche Aufzeichnung erforderlich sei. Der Grund dieser Entscheidung meint er, sei begreiflicher Weise kein anderer, als dass es an der Gewissheit des Willens, dass das Testament eventuell als Codizill gelten solle d. h. an der Codizillarklausel fehlte.

Auch R ö m e r erkennt, wie aus seiner Uebersetzung unsrer Stelle folgt, die Nothwendigkeit an den Worten *ea, quae fideicommissaria verba habent* ausser dem Sinn, den sie wörtlich übersetzt haben, noch eine weitere Bedeutung zuzulegen. Er legt ihnen aber nicht den Sinn bei, den wir ihnen beigelegt haben, sondern meint man müsse darunter solche Verfügungen verstehen, welche an sich in einem Codizill bestehen, also nicht nur ihrer Form, sondern auch ihrem Wesen nach den Inhalt eines Codizills bilden könnten. Derartige Verfügungen sind z. B. Fideikomnisse (im Gegensatz

7) Unsere Stelle rührt ja aus der Zeit der klassischen Jurisprudenz her, wo jeder schriftliche Aufsatz ein wirksames Codizill darstellen konnte.

8) Die Lehre von der Conversion a. a. O. S. 76.

zu Legaten), libertates fideicommissariae, tutelae imperfectae u. s. w. Die durch das Wörtchen „nec“ erfolgende Hervorhebung würde nun zwar durch die Römer'sche Uebersetzung hinreichend motivirt sein, aber mit dem Wortlaut der Stelle lässt sich dieselbe nicht vereinigen, es sei denn, dass wir dem Gesetzgeber die grosse Ungenauigkeit im Ausdruck zutrauen wollten, dass er unter ea, quae fideicommissaria verba habent solche Verfügungen verstanden habe, welche ihrem Wesen nach als fideikommissarische gelten können. Besonders desshalb wäre diese Ungenauigkeit sehr auffallend, weil an andern Stellen solche Verfügungen ganz anders bezeichnet werden z. B. in l. 1 D. de iure cod. XXIX 7, wo es mit Bezug auf ein unwirksames Testament heisst: „ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur“.

Denselben Gedanken, wie die bisher besprochene Stelle drückt l. 11 § 1 D. de leg. III Ulpianus lib. 2 fideic. aus:

„Quoties quis exemplum testamenti praeparat et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat, et ita Div. Pium decrevisse Maecianus scribit“.

Wenn Jemand ein Formular zu einem Testamente vorbereitet und stirbt, ehe er das Testament errichtet hat, so gilt das in dem Formular Gesagte nicht als Codizill, selbst wenn das Schriftstück die Codizillarklausel, hat (obwohl in diesem letztern Falle alle Erfordernisse, welche das Recht für ein wirksames Codizill aufstellt, vorhanden sind). Diese Uebersetzung der l. 11 § 1 cit. lässt sich auf die gleiche Weise rechtfertigen und erklären, wie diejenige der eben besprochenen Stelle; auch scheint die l. 11 § 1 cit. gerade so missverstanden worden zu sein, wie jene, indem v. Vangerow sie unter den Stellen aufzählt, die Zeugniss gegen die sog. Subintellektion der Codizillarklausel ablegen.

Eine dritte uns hier interessirende Stelle ist l. 29 § 1 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1:

„Ex his verbis, quae scripturae paterfamilias addidit *ταύτην τὴν διαθήκην βούλομαι εἶναι κυρίαν ἐπὶ πάσης ἐξουσίας*. Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit. videri eum voluisse omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset“.

Dass in dieser Stelle von einem Testamentsentwurf die Rede ist, kann nicht zweifelhaft sein; denn das eben besprochene pr. der Stelle handelt von einer scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, und nun fährt § 1 fort: „Ex his verbis, quae scripturae etc.“, anknüpfend an das im pr. Gesagte. Der Sinn der Stelle lautet daher: „Hat ein Erblasser einem Testamentsentwurfe die Worte *ταύτην τὴν διαθήκην* etc. also die Codizillarklausel ⁹⁾ hinzugefügt, so ist anzunehmen, dass er den Willen gehabt habe, seine letztwillige Verfügung auf jede Weise, auch wenn er sie nicht zum gültigen Testamente erhoben hätte, gelten zu lassen“. Dass der Testamentsentwurf in dem Falle, wo dieser Wille vorhanden ist, wenn er nur die übrigen Erfordernisse eines wirksamen Codizills besitzt — und diese besitzt er ja in l. 29 § 1 cit. — in ein solches convertirt wird, unterliegt nach unsern bisherigen Erörterungen über die Conversion keinem Zweifel ¹⁰⁾.

Betrachten wir nun die drei bisher einzeln besprochenen Stellen im Zusammenhang, so hat es anfänglich den Anschein als ob die beiden ersten der dritten widersprächen. In

9) Die Klausel, die sich in l. 29 § 1 cit. findet, ist eigentlich die sog. *clausula omni meliore modo*; diese schliesst indess die Codizillarklausel ein.

10) Man könnte versucht sein auch die l. 8 § 1 C. de cod. VI 36 hieherzuziehen in der Meinung, dass dieselbe sich auf einen Testamentsentwurf bezöge. Aber in derselben ist unter testamentum, quod testator facere decrevit, sed implere nequivit, wie sich bei unbefangener Betrachtung wohl gleich ergibt, kein solcher, sondern ein unwirksames Testament überhaupt (insbesondere wohl ein solches, welches als wirksames gewollt war) verstanden.

allen drei Stellen ist nämlich einem schriftlichen Testamentsentwurf die Codizillarklausel beigefügt; aber während diese Codizillarklausel in der dritten Stelle eine wirksame Verfügung ist, bleibt sie in den beiden andern unwirksam. Wenn wir nun auch einen Grund für diese Verschiedenheit angeben können, indem wir sagen, in dem einen Falle war die Codizillarklausel als wirksame Verfügung gewollt, während sie in den andern Fällen einem Willen des Erblassers nicht entsprach, so genügt dies noch nicht jenen scheinbaren Widerspruch zu beseitigen. Denn warum sind wir berechtigt in dem einen Fall die Codizillarklausel als eine als wirksam gewollte Verfügung zu betrachten, während dieser Wille in den andern fehlen soll?

Eine nähere Betrachtung des in den Stellen geschilderten Thatbestandes wird uns über diese Frage Aufklärung geben. Wir wissen bereits, dass die Codizillarklausel mit sehr verschiedenen Worten und in sehr verschiedener Form einem Testamente beigefügt werden kann, und gerade dies ist auch in den hier uns interessirenden Stellen geschehen. In der zuletzt besprochenen l. 29 § 1 cit. hat der Erblasser ausdrücklich gesagt: „Hoc testamentum volo esse ratum quacunque ratione poterit“, in den beiden andern Stellen aber sind nur einzelne Verfügungen des Testamentsentwurfs in fideikommissarische Worte gekleidet, etwa ist gesagt: „Titio centum lego, quae ab omni herede meo praestari volo, ad quemcunque ex testamento meo vel ab intestato bona mea perveniant.“ Die in der zuerst genannten Stelle befindliche Codizillarklausel bildet eine von dem Testamente sich streng abhebende, selbstständige Verfügung, die sehr wohl als wirksame gewollt sein kann, während das Testament nicht als wirksam gewollt war; nicht so liegt die Sache in den andern Fällen, hier bildet die Codizillarklausel und die Verfügung, welche durch dieselbe eventuell in einem Codizill aufrecht erhalten werden soll, ein untrennbares Ganze. Unmöglich können wir annehmen, dass das in einem und demselben Satze Angeordnete zum Theil

nicht als wirksam gewollt, zum Theil als wirksam gewollt sei, wenn nicht eine ausdrücklich dahin zielende Erklärung des Erblassers vorliegt.

So kommen wir an der Hand dieser Stellen und auf dem Wege der Reflexion zu den folgenden Resultaten. Die einem Testamentsentwurfe hinzugefügte Codizillarklausel wird bald einen Theil dieses Entwurfes bilden, bald eine selbständige letztwillige Verfügung. Welches von beiden sie ist, lässt sich nicht von vornherein, sondern nur im konkreten Fall entscheiden. In der Regel — darauf deuten die besprochenen Stellen hin — wird sie wohl sobald sie sich der Form nach von dem Testamentsentwurfe sondern lässt, eine selbständige Verfügung sein, wenn sie in denselben verwoben ist, einen Theil desselben bilden. Freilich ist auch das Gegentheil möglich, Alles kommt auf den Willen des Erblassers an. Im Zweifel sind wir wohl berechtigt uns für die Aufrechterhaltung des Testaments als Codizill zu entscheiden, nicht weil überhaupt im Zweifel zu Gunsten der Gültigkeit einer letztwilligen Verfügung zu erkennen ist, sondern weil so lange anzunehmen ist, dass die wirklich vorliegende Erklärung eines Erblassers, sein Testament eventuell als Codizill wirken zu lassen, einem wirklichen Willen entspreche, bis das Gegentheil dargethan worden ist.

§ 7. Fortsetzung.

Es ist möglich, dass ein Erblasser, eine seinem Testamente hinzugefügte Codizillarklausel zwar an und für sich als wirksam gewollt hat, dass er aber den Willen sie in einigen bestimmten Fällen der Unwirksamkeit des Testaments wirken zu lassen nicht oder doch nur fehlerhaft besass. Steht dies fest, so kann sie in diesen Fällen der Unwirksamkeit des Testaments nicht wirksam werden, auch wenn die vorliegende Erklärung sich auf dieselben miterstreckt; denn es

fehlt ja in diesen Fällen der zur Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung erforderliche Wille. Freilich muss derjenige, welcher das Fehlen dieses Willens behauptet, seine Behauptung erweisen, während demjenigen, der das Dasein desselben behauptet, die bekannte Rechtsvermuthung den Beweis erspart¹⁾.

Nun stellen viele Schriftsteller die Behauptung auf, dass die von einem Erblasser schlechthin abgegebene Erklärung sein Testament solle im Falle seiner Unwirksamkeit als Codizill gelten für den Fall nicht gewollt sei, wo das Testament in Folge Widerrufs durch den Erblasser ungültig geworden ist, oder dass doch in diesem Falle solange zu vermuthen sei, dieselbe entspreche keinem wirklichen Willen, bis das Gegentheil bewiesen worden sei; daher könne in diesem Falle von einer wirksamen Codizillarklausel auch nicht die Rede sein.

Fein, ein Hauptvertreter dieser Ansicht, meint²⁾ durch die Codizillarklausel habe der Erblasser seinem Testamente nur Schutz gegen solche Umstände verleihen wollen, welche dasselbe unabhängig von seinem Willen vernichteten, keinesfalls habe er aber dasselbe durch jene gegen seine eignen spätern Handlungen in Schutz nehmen wollen. Freilich kann es nicht wohl in der Absicht des Erblassers gelegen haben, seinem Testamente Schutz gegen seine eigene Willenserklärung zu verleihen, aber einen solchen Schutz gewährt auch die Codizillarklausel dem Testamente gar nicht. Widerruf macht ein Testament nichtig, gleichgültig ob es die Codizillarklausel aufweisen kann oder nicht.

1) Der von manchen Schriftstellern z. B. von Franke, Mayer ausgesprochene Satz, dass eine Codizillarklausel nicht wider den Willen des Erblassers wirken dürfe, hat in sofern Richtigkeit als eine Codizillarklausel dann nicht wirken darf, wenn der Erblasser sie nicht oder fehlerhaft gewollt hat, oder wenn derselbe sie zwar tadellos gewollt hat, aber später, wenn auch formlos den Willen an den Tag gelegt hat, sie nicht wirken zu lassen. Denn anzunehmen, dass die Codizillarklausel, wie jede andere fideikommissarische Verfügung, formlos widerrufen werden kann, ist unbedenklich.

2) Bd. XLV des Commentars S. 306.

Vielleicht hat indess Fein gemeint, die Codizillarklausel dürfe dem Inhalte des Testaments keinen Schutz gegen die späteren Handlungen des Testators verleihen. Ein Schutzmittel der in dem Testamente getroffenen Verfügungen dürfen wir die Codizillarklausel mit Recht nennen; ebenso ist es sicher, dass es nicht in der Absicht des Erblassers gelegen haben kann, den Inhalt seines Testaments gegen seine eigenen späteren Handlungen sicher zu stellen. Aber schützt denn die Codizillarklausel den Inhalt des Testaments gegen die späteren Handlungen des Erblassers? Meiner Ansicht nach ist diese Frage zu verneinen, denn Niemand ist im Stande, durch eine letztwillige Verfügung seine Testirfreiheit irgendwie zu beschränken; er kann jede von ihm getroffene Verfügung jederzeit ändern und widerrufen³⁾. Wir dürfen aber doch die Codizillarklausel im gegenwärtigen Falle nicht deshalb für unwirksam erklären, weil durch dieselbe etwas nicht erreicht werden dürfe, was durch dieselbe gar nicht erreicht werden kann.

Uebrigens zeigt Fein selbst an einer anderen Stelle⁴⁾, dass es ihm mit den von ihm vorgebrachten Gründen nicht ganz Ernst ist. Er gestattet dort den Erblasser ausdrücklich zu bestimmen, dass sein Testament in dem Falle, wo es durch Widerruf ungültig werde, als Codizill zur Geltung kommen solle, und hält diese Verfügung, wenn der vorgesehene Fall eintreten sollte, für wirksam. Eine solche Verfügung ist aber nichts als eine Codizillarklausel, die sich von der schlechthin dem Testamente hinzugefügten nur durch die Form unterscheidet. Fein gibt also selbst zu, dass in dem Wesen der

3) l. 4 D. de adim. leg. XXXIV 4 cf. l. 32 § 3 D. de don. inter v. et u. XXIV 1, l. 6 C. qui test. fac. VI 22, l. 22 D. pr. de leg. III. Nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat, l. 6 § 2 D. de iur. cod., cf. l. 52 § 9 D. pro soc. XVII 2. Nec libertatem de supremis iudiciis constringere quis poterit.

4) Bd. XLV des Commentars S. 265.

Codizillarklausel kein Grund liegt, sie nicht wirken zu lassen, wenn das Testament wegen Widerrufs nichtig ist; er sucht diesen Grund in der Form und meint, nur dann dürfe sie in jenem Falle wirken, wenn derselbe ausdrücklich vorgesehen sei. Den Beweis dafür aber, dass diese Formvorschrift wirklich bestehe, und nicht der Fall der Unwirksamkeit eines Testaments wegen Widerrufs ganz so zu beurtheilen sei, wie die übrigen Unwirksamkeitsfälle, bleibt er schuldig.

Dass ein wegen Widerrufs nichtiges Testament nicht in ein Codizill convertirt werden könne, hat man, wie wir zum Schlusse noch erwähnen wollen, nicht nur auf die hier widerlegte Weise zu begründen versucht, sondern auch noch auf mannigfache andere Weise. Die Behauptung, dass ein solches Testament eine convertirbare Willenserklärung gar nicht abgeben könne, indem es die Bestandtheile eines wirksamen Codizills nie besitzen könne, haben wir in § 3 Nr. 4 zurückgewiesen; mehrere andere Behauptungen in gleicher Richtung verdienen, weil ihre Mängel ganz offen liegen, keine weitere Erörterung⁵⁾. Unbegreiflich bleibt es immer, warum die ver-

5) So z. B. die leichtfertige Behauptung, welche Mayer, mehreren älteren Schriftstellern folgend, aufstellt, dass wenn ein Testament widerrufen sei, auch der Passus widerrufen sei, der die Codizillarklausel enthalte. S. dagegen Fein Bd. XLV S. 306. Wie kann der Widerruf eines Testaments eine Verfügung aufheben, die gerade für den Fall der Unwirksamkeit des Testaments, also auch für den Fall dieses Widerrufs getroffen ist! Auch sonst wird ja, wenn das Testament ungültig wird, der die Codizillarklausel enthaltende Passus nicht mit ungültig; umgekehrt er kann nur wirksam werden, wenn das Testament unwirksam ist. Auch wenn Fein meint, es läge Nichts daran in unsrem Falle die Codizillarklausel wirken zu lassen, weil der Erblasser es beim Widerruf und nachher stets in der Hand habe das ältere nichtige Testament durch eine gehörige Erklärung in ein Codizill zu verwandeln m. a. W. die Codizillarklausel zu wiederholen, so ist er im Irrthum. Denn das hiesse doch nichts Andres als eine letztwillige Verfügung darum nicht wirken lassen, weil ihr Urheber sie später bei irgend einer Gelegenheit hätte wiederholen können.

schiedensten Schriftsteller die grössten Anstrengungen machen, in dem besprochenen Falle die Unzulässigkeit der Conversion darzuthun, gleichsam als ob es von vorn herein feststände, dass die Conversion hier unzulässig sei, und nur die Frage sei warum. M. E. liegt darin, dass ein Erblasser, der eine letztwillige Verfügung so anordnet, dass dieselbe in zwei von einander unabhängigen Formen gelten kann, auch dieselbe in beiden Formen widerrufen muss, gar nichts Anomales, sondern nur eine Anwendung des bekannten Grundsatzes: „Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est“.

II. Die Art und Weise der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill.

§ 8. Ueberhaupt.

Wenn alle Vorbedingungen für die Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill vorhanden sind, diese Conversion also stattfindet, kommt die als Testament unwirksame in ein Codizill convertirte Willenserklärung entweder als Intestatcodicill oder als testamentarisches Codizill zur Geltung. Als Intestatcodizill kommt dieselbe zur Geltung, wenn der Erblasser neben seinem unwirksamen Testament kein wirksames mehr hinterlassen hat, als testamentarisches Codizill aber, wenn der Erblasser neben seinem unwirksamen Testament noch ein wirksames hinterlassen hat. Da der erstere Fall der in praxi bei weitem häufigere ist, so fasst der grössere Theil der von unserer Lehre handelnden

Stellen des *corpus iuris* ihn allein in's Auge¹⁾, und auch viele der unser Thema behandelnden Schriftsteller behandeln ihn ausschliesslich oder doch vorzugsweise²⁾. Sehr wohl kann aber auch der zweite Fall eintreten, und zwar sowohl in der Art, dass das wirksame Testament dem unwirksamen vorausgeht, — freilich muss letzteres dann von Anfang an ungültig gewesen sein, weil es sonst das vorangehende Testament rumpirt hätte —, als auch in der Art, dass es demselben nachfolgt. Auf die zuletzt erwähnte Möglichkeit nehmen mehrere Aussprüche unserer Quellen ausdrücklich Bezug³⁾. Das testamentarische Codizill, als welches jenes wirksame Testament aufrecht erhalten wird, kann ein bestätigtes oder ein unbestätigtes sein. Als bestätigtes Codizill wird das unwirksame Testament nicht schon dann aufrecht erhalten, wenn die Codizillarklausel für dasselbe in dem wirksamen Testamente steht, sondern nur wenn mit derselben die zur Bestätigung erforderlichen directen Worte verbunden sind. Das bestätigte Codizill kann ein in futurum oder ein in praeteritum bestätigtes sein⁴⁾.

Verwandelt wird in ein wirksames Codizill das ganze unwirksame Testament und nicht nur das Testament allein, sondern auch alle dazu gehörigen letztwilligen Dispositionen, welche zwar an sich selbständig sind, aber doch als partes testamenti behandelt werden; dazu gehören alle bestätigten und unbestätigten testamentarischen Codizille, sowie die Pupillartestamente. Doch kann auch der Fall eintreten, und er wird sehr oft eintreten, dass nicht das ganze unwirksame

1) S. z. B. l. 29 D. qui test. fac. poss. XXVIII 1, l. 77 § 23, l. 88 § 17 D. de leg. II, l. 8 § 1 C. de cod. VI 36, l. 29 C. de fid. VI 42, l. 1 C. de fid. lib. VII 4.

2) So z. B. Rosshirt, Thibaut, Mackeldey.

3) l. 15 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3, l. 19 D. de test. mil. XXIX 1, l. 29 D. ad Sc. Treb. XXXIV 1.

4) Vgl. hierzu § 5 Note 2 und 5 dieser Arbeit.

Testament, sondern nur ein Theil desselben in ein Codizill verwandelt wird. Dieser Fall kann eintreten

a) in Folge einer Erklärung des Erblassers, durch welche derselbe sagt, er wolle, dass nur bestimmte Verfügungen seines unwirksamen Testaments oder das ganze Testament mit Ausnahme bestimmter Verfügungen in ein Codizill verwandelt würden⁵⁾;

b) ohne eine solche Erklärung entweder weil ein Theil der Verfügungen des Testaments an und für sich ungültig ist und so einen tauglichen Inhalt für ein Codizill nicht abgibt, oder weil ein Theil derselben in dem Augenblicke ungültig wird, wo er sich als Inhalt eines Codizills darstellt⁶⁾.

Uebrigens kommt bei der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill eine Reihe von einzelnen Verfügungen in ganz anderer Form und Gestalt zur Geltung, als sie in dem unwirksamen Testamente besass; es sind dies

5) Vgl. S. 54.

6) So z. B. jede exheredatio. Es wird heute wohl nicht oft vorkommen, ist aber immerhin denkbar, dass einer Verfügung, welche in dem Codizille in andrer Gestalt zur Geltung kommen müsste, als sie im Testamente besass, in derjenigen Gestalt, in welcher sie als Inhalt des Codizills zur Geltung kommen könnte, ein ihre Wirksamkeit vernichtendes Hinderniss entgegensteht, während sie in der Gestalt, in welcher sie im Testamente stand, vollkommen gültig war. Eine solche Möglichkeit fände statt, wenn man mit Savigny System Bd. III S. 377, Rosshirt die Lehre von den Vermächtnissen Bd. I S. 275, aber gegen v. Vangerow Lehrbuch § 431 Anm. 2 annehmen wollte, dass ein Vermächtniss, welches ohne einen bestimmten Irrthum nicht angeordnet worden wäre, stets, eine Erbeseinsetzung aber, welche ohne einen bestimmten Irrthum nicht angeordnet worden wäre, nur in einigen Fällen nichtig sei. Beruht nun eine Erbeseinsetzung auf einem Irrthum, ohne den sie nicht getroffen worden wäre, der ihre Nichtigkeit aber niemals herbeigeführt hätte, so kann sie in kein wirksames Universalvermächtniss convertirt werden, weil der Irrthum, auf dem sie beruht, sie als solches nichtig macht.

diejenigen Verfügungen des unwirksamen Testaments, welche in einem Codizille nicht angeordnet werden können, wenn sie aber in einem solchen angeordnet worden sind, nicht unbedingt nichtig sind, sondern benigna interpretatione aufrecht erhalten werden, als ob sie unter solcher Gestalt angeordnet worden wären, wie sie in einem Codizille angeordnet werden können. Hierbei ist es nicht ganz unwesentlich, ob das unwirksame Testament in ein bestätigtes oder ein unbestätigtes Codizill verwandelt wird, weil mehrere Verfügungen in bestätigten Codizillen unter anderer Gestalt zur Geltung kommen können, als in unbestätigten⁷⁾.

Im Einzelnen ist Folgendes zu merken:

1. Eine Erbeseinsetzung kann in einem Codizille niemals getroffen werden⁸⁾; daher tritt, wenn ein convertirtes Testament vorhanden ist, stets Intestaterbfolge oder Erbfolge aus einem andern gültigen Testamente ein. Nun ist aber die in einem Codizille angeordnete Erbeseinsetzung nicht absolut nichtig, sondern wird, wenn nur der Wille des Erblassers ein Codizill zu errichten sicher ist, als fideikommissarische Einsetzung betrachtet und aufrecht erhalten, in der Weise, dass der wirkliche Erbe nach Abzug der Falzidia und eventuell des Pflichttheils die Erbschaft dem in dem Codizille Eingesetzten als Universalvermächtniss zu restituiren hat⁹⁾. Dass daher bei der Conversion eines unwirksamen Testaments

7) Heute ist freilich der Unterschied zwischen einem bestätigten und einem unbestätigten Codizill verschwindend gering. Da das unwirksame Testament in praxi wohl fast immer in ein unbestätigtes Codizill convertirt wird, — stets wenn es in ein Intestat-, oft wenn es in ein testamentarisches Codizill convertirt wird, — so erklärt es sich, dass unsre Quellen ich glaube ausschliesslich auf den Fall der Conversion des unwirksamen Testaments in ein unbestätigtes Codizill Bezug nehmen.

8) § 2 J. de cod. II 25. l. 10 D. de iure cod. l. 2. l. 7 C. de cod.

9) l. 13 § 1 D. de iure cod.

in ein Codizill die directe Erbeseinsetzung, die sich jetzt ja in einem Codizille befindet, als fideikommissarische aufrecht erhalten wird, ist nur consequent. Zahlreiche Quellenaussprüche beweisen uns das Vorsichgehen dieser Umwandlung¹⁰⁾.

2. Exheredationen, die in dem unwirksamen Testamente standen, sind nichtig, weil solche in einem Codizille nicht getroffen werden können¹¹⁾.

3. Vermächtnisse, welche in dem unwirksamen Testamente angeordnet waren, Universalvermächtnisse und Singularvermächtnisse bleiben als solche bestehen¹²⁾.

Nach früherem Rechte, wo noch ein Unterschied zwischen Legaten und Fideikommissen in der Art bestand, dass erstere nur in Testamenten und bestätigten Codizillen, letztere auch in unbestätigten Codizillen angeordnet werden konnten¹³⁾, war es unstatthaft, ein Legat, welches sich in einem in ein unbestätigtes Codizill verwandelten Testamente befand, als Legat aufrecht zu erhalten. Da indess ein gültiges Legat stets allen Anforderungen, die das Recht an ein gültiges Fideicommiss gestellt, genügt, so stand seiner Umwandlung in ein solches ein Hinderniss nicht im Wege, und diese Umwandlung hat, wie viele Quellenaussprüche¹⁴⁾ beweisen, auch wirklich stattgefunden. Würde das unwirksame Testament in ein bestätigtes Codizill convertirt, so wüsste ich keinen Grund, weshalb die Legate des Testaments nicht sollten als Legate aufrecht erhalten worden sein.

Man könnte noch fragen, wer nach geschehener Conversion die Vermächtnisse auszuzahlen habe. Hat der Erb-

10) l. 2 § 4 D. de iure cod., l. 12 § 1 D. de ini. rupt. XXVIII 3, l. 19 § 1 D. de test. mil., l. 8 pr. C. de cod., l. 88 § 17 D. de leg. II.

11) l. 2 J. de cod. II 25, l. 2 C. de cod.

12) l. 12 § 1 D. ini. rupt., l. 19 § 1 D. de test. mil., l. 77 § 23, l. 88 § 17 D. de leg. II.

13) G. Inst. II 270, Ulp. fr. tit. 25 § 8.

14) Vgl. die in Note 12 citirten Stellen.

lasser für den Fall der Conversion hierüber Bestimmungen getroffen, so sind diese jedenfalls zunächst massgebend ¹⁵⁾. Hat er ein Vermächtniss schlechthin angeordnet, z. B. in der Form: „Seia centum accipito“ oder hat er es schlechthin dem Erben auferlegt, z. B. „heres meus Seiae centum dato“ so ist der Erbe belastet, aber nicht der in dem unwirksamen Testamente eingesetzte Erbe, der jetzige Universalvermächtnissnehmer, sondern derjenige, der die hereditas des Erblassers wirklich empfängt. Ist aber ein Vermächtniss einem bestimmten Erben oder Legatar auferlegt, so hat auch dieser das Vermächtniss zu erfüllen; erhält er nichts von der Erbschaft, so kommen dieselben Grundsätze zur Anwendung, welche überhaupt bei Wegfall eines mit einem Vermächtniss Onerirten gelten. In der Regel trägt das Vermächtniss derjenige, welcher durch den Wegfall des Onerirten profitirt hat, freilich gilt diese Regel nicht ohne Ausnahme.

4. Früher konnten *directae libertates* nur in Testamenten oder bestätigten Codizillen hinterlassen werden ¹⁶⁾, *fideicommissariae libertates* auch in unbestätigten Codizillen ¹⁷⁾. Wurde ein unwirksames Testament, in dem eine *directa libertas* stand, in ein unbestätigtes Codizill convertirt, so verwandelte sich die *directa libertas* in eine *fideicommissaria libertas* ¹⁸⁾; wurde es in ein bestätigtes Codizill convertirt, so lag für diese Umwandlung kein Grund vor.

5. Eine *tutela testamentaria perfecta* kann auch heute noch nur in einem Testamente oder bestätigten Codizille an-

15) Vgl. S. 54.

16) l. 41 § 2 D. de leg. II, l. 7 pr. D. qui et a quib. man. lib. XL 9. l. 1 C. de test. man. VII 2. Pauli sent. rec. IV tit. 12 § 2.

17) Der Unterschied zwischen der *fideicommissaria* und der *directa libertas* bestand darin, dass wer letztere empfing, seinen Patron im Orkus hatte, *libertus orcinus* war, wer dagegen erstere empfing, den Erben als seinen Patron anzusehen hatte.

18) l. 12 § 1 D. de ini. rupt., l. 19 § 1 D. de test. mil.

geordnet werden¹⁹⁾, eine *tutela testamentaria imperfecta* auch in einem unbestätigten Codizille²⁰⁾. Da nun eine gültige *tutela testamentaria perfecta* stets allen Anforderungen genügt, welche das Recht an eine gültige *tutela testamentaria imperfecta* stellt, so liegt kein Grund vor, die Umwandlung jener in diese nicht zuzulassen, wenn sich jene in einem unbestätigten Codizille oder in einem als unbestätigtes Codizill aufrecht erhaltenen Testamente vorfindet.

6. Der sonst *ipso iure* wirkende Widerruf einer in einem Testamente oder bestätigten Codizille ausschliesslich zu treffenden Verfügung wirkt, falls er sich in einem unbestätigten Codizille, also auch in einem als solches aufrecht erhaltenen unwirksamen Testamente findet, nur *ope exceptionis*²¹⁾. Heute kommt praktisch nur noch der Fall des Widerrufs einer *tutela testamentaria perfecta* in Betracht²²⁾.

7. Sonstige vormundschaftliche Anordnungen bleiben bei der Conversion unverändert; für sie ist dieselbe nur in

19) l. 3 pr. D. de test. tut. XXVI 2.

20) Der Unterschied zwischen der *tutela testamentaria perfecta* und der *tutela testamentaria imperfecta* besteht darin, dass die erstere sofort durch sich selbst wirksam wird, während die letztere zu ihrer Wirksamkeit noch der *confirmatio* des Obervormundschaftsgerichts bedarf, also streng genommen gar keine *tutela testamentaria*, sondern eine *tutela dativa* ist.

21) Bezüglich des Widerrufs einer *tutela testamentaria perfecta* ist dieser Unterschied in so fern von Bedeutung, als der solenne Widerruf die Delation der Tutel verhindert, der formlos angeordnete Widerruf dagegen dies nicht vermag, wohl aber eine *exceptio necessaria* begründet; praktisch ist daher der Unterschied kaum von Belang. Vgl. l. 21 § 2 D. de tut. et cur. XXVI 5, l. un. C. si contra matr. vol. V 47.

22) Früher konnte auch ein *ipso iure* wirkender Widerruf eines Legates oder einer *directa libertas* nur in einem Testamente oder einem bestätigten Codizille erfolgen. Vgl. Fein Bd. XLIV S. 201 fgg.

sofern wichtig, als sie ohne dieselbe gar nicht zur Wirkung gekommen wären.

8. Pupillarsubstitutionen können nur in einem Testamente angeordnet werden; finden sich solche aber in einem Codizille, also auch in einem als Codizill aufrecht erhaltenen Testamente, so sind sie nicht ohne weiteres ungültig, sondern werden in Folge ausdrücklicher gesetzlicher Bestimmung *benigna interpretatione* als fideicommissarische Substitutionen aufrecht erhalten²³⁾. Freilich ist eine solche fideikommissarische Substitution in ihrer Wirksamkeit nicht unwesentlich verschieden von der Pupillarsubstitution, aus welcher sie hervorgegangen ist²⁴⁾.

23) l. 76 D. ad Sc. Treb., l. 92 § 2, l. 93 D. de leg. I, l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. XXVIII 6.

24) Diese Verschiedenheit erstreckt sich besonders auf folgende Punkte: a. Die Pupillarsubstitution bezieht sich auf das Vermögen des Pupillen, die fideikommissarische nur auf das väterliche Vermögen, welches mit dem Willen des Vaters ab intestato oder ex testamento an den Pupillen gelangt ist; vgl. l. 41 § 3 D. de vulg. et pup. subst. b. Durch die Pupillarsubstitution wird eine direkte Erbfolge des Substituten begründet; die fideikommissarische Substitution dagegen ist nicht im Stande die Intestaterbfolge zu verhindern. Durch dieselbe wird nur ein Universalvermächtniss für den Substituten angeordnet, auf Grund dessen derselbe beim Tode des Pupillen das väterliche Vermögen, welches an denselben mit Willen des Vaters gelangt ist, von den Intestaterben des Pupillen nach Abzug der Quart und eventuell des Pflichttheils zu fordern berechtigt ist; vgl. l. 41 § 3 cit., l. 76 D. ad Sc. Treb. c. Die als fideikommissarische Substitution aufrecht erhaltene Pupillarsubstitution dauert nur bis zur Mündigkeit des Pupillen; l. 93 de leg. I. War aber die Pupillarsubstitution ungültig angeordnet z. B. von der Mutter des Pupillen oder von einem Fremden oder vom Vater für sein mündiges oder emancipirtes Kind, so kann sie doch als fideikommissarische Substitution gültig sein, da dieser keine so engen Grenzen gezogen sind, als der Pupillarsubstitution. Vgl. insbesondere Chifletius de iure fideicommissorum lib. III cap. 10.

§ 9. Insbesondere von den Rechtsmitteln, welche zur Aufrechterhaltung eines unwirksamen Testaments dienen, im Falle der Conversion dieses.

Es gibt eine Reihe von Rechtsmitteln, durch welche ein unwirksames Testament ausserordentlicher Weise ganz oder zum Theil aufrecht erhalten werden kann, so z. B. das edictum de legatis praestandis bonorum possessione contra tabulas petita¹⁾, das edictum si quis omissa causa²⁾, das Mittel aus Novelle 115, durch welches die Vermächtnissverfügungen des wegen Verletzung des Notherbenrechts ungültigen Testaments zur Wirkung kommen³⁾, das Mittel aus l. ult. D. de her. inst., durch welches in einem bestimmten Falle die Vermächtnisse eines wegen Wegfalls der Erbeseinsetzung ungültigen Testaments aufrecht erhalten werden⁴⁾ u. a. m. Ob diese Rechtsmittel auch dann gewährt werden können, wenn das unwirksame Testament in ein wirksames Codizill convertirt wird, ist eine bisher in der Litteratur nur obenhin besprochene Frage.

Wenn wir es nun versuchen wollen, diese Frage zu beantworten, so müssen wir daran festhalten, dass der eigentliche Zweck aller jener ausserordentlichen Rechtsmittel, welche zur Aufrechterhaltung gewisser Bestandtheile eines unwirksamen Testaments dienen, darin besteht, dem in jenem Testamente niedergelegten Willen des Erblassers für den Fall der Unwirksamkeit des Testaments Wirksamkeit zu verschaffen⁵⁾.

1) Glücks Commentar Bd. XXXVI S. 331—336 und Bd. XXXVIII S. 17—44.

2) Ebendaselbst Bd. XLIII S. 449—470.

3) Desgleichen Bd. XXVII S. 284—289.

4) Desgleichen Bd. XXXVIII S. 476—478 und Bd. XXXV S. 380—390.

5) Dieser Zweck ist ganz deutlich ausgesprochen in l. 1 pr. D. si quis om. causa XXIX 4.

Hat nämlich auch der Erblasser nicht ausdrücklich erklärt für den Fall der Unwirksamkeit seines Testaments die Aufrechterhaltung derjenigen Verfügungen zu wollen, welche durch jene ausserordentlichen Rechtsmittel aufrecht erhalten werden, so sind wir doch durchaus berechtigt zu vermuthen, dass in den Fällen, wo jene Rechtsmittel zur Anwendung kommen, die Aufrechterhaltung der durch dieselben aufrecht erhaltenen Verfügungen in der Intention des Erblassers liege. Wir sind dazu berechtigt, weil in allen diesen Fällen die Unwirksamkeit jener Verfügungen nicht eintritt, weil der Erblasser dieselben mangelhaft gewollt oder erklärt hat, sondern in Folge eines Umstandes, welcher mit denselben gar keinen direkten Zusammenhang besitzt, nämlich in Folge der Repudiation der Erbschaft durch den Erben, der Verletzung des Rechts eines Notherben u. dergl. m.

Nun darf aber zweifellos von der Anwendung eines Rechtsmittels, welches den präsumtiven Willen eines Erblassers schützt, da nicht die Rede sein, wo der wirkliche Wille des Erblassers zu Tage liegt. Denn ein solches Rechtsmittel will keinesfalls eine Beschränkung des Erblassers in seiner Freiheit letztwillige Dispositionen zu treffen herbeiführen, und dies würde es thun, wenn wir es da Anwendung finden liessen, wo der Erblasser anderweitig über seinen Nachlass disponirt hat.

Dies ist aber offenbar da geschehen, wo der Erblasser die Conversion seines unwirksamen Testaments in ein Codicill gewollt hat⁶⁾. Denn in diesem Falle hat derselbe durch die Errichtung seines unwirksamen Testaments nicht nur eine Regelung seines Nachlasses vorgenommen, sondern zwei und zwar die zweite für den Fall der Unwirksamkeit der ersten. Tritt nun dieser Fall der Unwirksamkeit ein, so dürfen wir nicht mehr einen etwaigen präsumtiven Willen des Erblassers

6) Ob der Erblasser diesen Willen ausdrücklich erklärt hat, oder ob derselbe, wie in den drei auf S. 14 angeführten Fällen kraft Rechtsvermuthung feststeht, macht keinen Unterschied.

zur Geltung bringen, sondern müssen auf den wirklichen Willen desselben — sei es nun den gehörig erklärten oder den kraft Rechtsvermuthung feststehenden — Rücksicht nehmen. Dieser zielt aber auf die Umwandlung des unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill, nicht auf die Gewährung irgendwelcher Rechtsmittel, welche zum Schutze seines unwirksamen Testaments dienen könnten. Und darum dürfen diese Rechtsmittel auch nicht gewährt werden.

Hierbei kann es selbstredender Weise keinen Unterschied machen, ob durch die Conversion die von uns besprochenen ausserordentlichen Rechtsmittel entbehrlich werden d. h. ob ein durch ein solches Rechtsmittel Berechtigter in Folge der Conversion dasselbe erhält, was er durch jenes Rechtsmittel erhalten konnte, oder ob dieselben nicht entbehrlich werden, d. h. der durch dieselben Berechtigte in Folge der Conversion Nichts erhält oder doch weniger, als er auf die andre Weise erhalten haben würde⁷⁾. Der Nachlass des Erblassers wird jetzt ja nicht mehr nach seinem präsuntiven Willen vertheilt, sondern nach dem Willen, den er für den Fall der Unwirksamkeit seines Testaments wirklich gehabt hat⁸⁾.

7) Mit Unrecht meint Fein jene Rechtsmittel würden durch die Conversion stets entbehrlich; man denke nur an den Fall, wo ein Erblasser die Conversion nur eines Theiles seines ungültigen Testaments angeordnet hat und ein in diesem Theile nicht enthaltenes Vermächtniss des ungültigen Testaments mittelst eines solchen Rechtsmittels in Anspruch genommen werden könnte, oder auch nur an den Fall, wo eine Verfügung in Folge der Conversion in wesentlich anderer Gestalt zur Geltung kommt, als sie in Folge jenes Rechtsmittels zur Geltung gekommen wäre, was z. B. bei der Pupillarsubstitution der Fall ist, welche, wenn das Testament, in dem sie steht, durch *bonorum possessio c. t.* umgestürzt worden ist, kraft l. 34 § 2 D. de pup. et vulg. subst. als solche aufrecht erhalten werden kann, bei der Conversion aber nur als fideikommissarische Substitution in Betracht kommt.

8) Stimmt man auch der oben vorgetragenen Ansicht nicht zu, so wird man wenigstens die Richtigkeit der Behauptung Fein's

III. Interpretation der l. 8 pr. § 1 und 2 C. de cod.

§ 10.

Die Möglichkeit der Conversion eines unwirksamen Testaments in ein wirksames Codizill wird durch das in der Ueberschrift dieses Paragraphen genannte Gesetz ¹⁾ in weitgehender Weise beschränkt; daher müsste dasselbe streng genommen in dem ersten Theil dieser Arbeit besprochen worden sein. Aber die besondern Schwierigkeiten desselben, sowie der Umstand, dass es ausser den auf unsren Fall der Conversion bezüglichen Rechtssätzen noch andre ausspricht, welche wir bei der Interpretation desselben nicht unberücksichtigt lassen können, macht eine gesonderte Behandlung desselben besonders wünschenswerth.

Das von uns zunächst zu besprechende pr. und der § 1 der l. 8 cit. lauten folgendermassen:

„Si quis agere ex testamento quolibet modo sive scripto sive sine scriptura confecto de hereditate voluerit, ad fidei-

Bd. XLV S. 278 zugeben müssen, dass das edictum si quis omissa causa und die Zwangsantretung ex Sc. Pegasiano da nicht stattfinden können, wo die Conversion sie entbehrlich gemacht hat. Denn das Edikt wird nur causa cognita d. h. wenn ein genügender Grund zu seiner Anwendung vorhanden ist, gewährt, vgl. l. 6 § 3 D. si quis om. c.; ein solcher fehlt aber, wenn der Honorirte sein Recht durch Berufung auf die eigne voluntas des Erblassers erhalten kann vgl. l. 1 pr. D. eod.; und auch jene Zwangsantretung ist ein so ausserordentliches Rechtsmittel, dass derjenige, welcher ohne dieselbe zum Ziele kommen kann, sie nicht geltend machen darf.

1) Dieses Gesetz ist in wesentlich unveränderter Fassung aus dem Codex Theodosianus, in welchem es l. 7 de cod. IV 4 bildet, in den Codex Justinianeus übergegangen.

commissi persecutionem adspirare cupiens minime permittatur. Tantum enim abest, ut aditum cuiquam pro suo migrandi desiderio concedamus, ut etiam illud sanciamus: si testator faciens testamentum in eodem pro codicillis etiam id valere complexus sit, qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem, sciens se unius electione alterius sibi aditum praeclusisse, ita ut sive bonorum possessionem secundum tabulas aut secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit, aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet. § 1 Illud quoque pari ratione servandum est, ut testator, qui decrevit facere testamentum, si id adimplere nequiverit, intestato videatur esse defunctus nec transducere liceat ad fideicommissi interpretationem velut ex codicillis ultimam voluntatem; nisi id ille complexus sit, ut vim etiam codicillorum scriptura debeat obtinere; illo electionis videlicet iure perdurante, ut qui ex testamento agere voluerit, ad fideicommissum migrare non possit“.

In jedem der beiden Sätze des pr. dieser lex, welches wir zunächst allein betrachten wollen, hat der Gesetzgeber einen selbständigen Rechtsfall entschieden. In dem ersten Satze bestimmt er, dass Jemand, der auf Grund eines Testaments als direkter Erbe einen Nachlass in Anspruch genommen habe, nachher denselben Nachlass nicht mehr als Universalvermächtnissnehmer in Anspruch nehmen dürfe. Wie aber die Glosse und wohl sämtliche ältern und neuern Schriftsteller übereinstimmend annehmen²⁾, wird dem Bedachten nur für den Fall dieses Recht abgesprochen, dass er auf Grund derselben letztwilligen Verfügung als Universalvermächtnissnehmer auftreten will, auf Grund deren er bereits als direkter Erbe aufgetreten ist, eine Möglichkeit, welche in Folge geänderter Interpretation jener letztwilligen Ver-

2) Vgl. insbesondere Fein Bd. XLV S. 280.

fügung eintreten kann. Unbenommen bleibt es Jedermann, der vergeblich versucht hat seine in dem einen Testamente stehende Erbeseinsetzung durchzusetzen, nunmehr auf Grund eines andern Testaments oder eines Codizills denselben Nachlass als Universalvermächtnissnehmer zu begehren. Fast kein Interpret zieht in Zweifel, dass in dem bisher besprochenen ersten Satze des pr. von einem Testamente ohne die Codizillarklausel die Rede sei³⁾.

Anders ist es in dem im zweiten Satze des pr. entschiedenen Falle. In demselben wird gehandelt von einem Testamente, „in quo pro codicillis etiam id valere testator complexus est“, d. h. von einem Testamente mit der Codizillarklausel. Der in einem solchen Testamente Bedachte, so wird verfügt, soll nicht successive als direkter Erbe und als Universalvermächtnissnehmer auftreten können, sondern wenn

3) Nur J. Godofredus (in comment. ad l. 7 pr. C. Th. de cod.) meint, dass schon im ersten Satze unsres pr. von einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente die Rede sei. Dagegen spricht aber zunächst der Text der Stelle, der nur von einem Testamente schlechthin, nicht von einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente redet; ist nun auch die Fassung der Stelle, wie aus den vielen Bedenken folgt, die sie hervorgerufen, eine flüchtige und ungenaue, so ist doch der von Godofredus verlangte Zusatz kein hinlänglich motivirter. Ganz unhaltbar wird die Godofredische Uebersetzung aber wenn wir die Art und Weise betrachten, wie der erste und der zweite Satz des pr. durch tantum abest ut — ut verbunden sind. Liesse sich auch mit vieler Mühe eine Verschiedenheit der im ersten und zweiten Satze behandelten Fälle herausklügeln, indem man sagte, dass der Erblasser seinen Erben in dem einen für den Fall zum Universalvermächtnissnehmer eingesetzt habe, dass er nicht Erbe werde, in dem andern für den Fall, dass sein Testament ungültig sei, so würde doch dieser Unterschied nimmermehr den durch tantum abest ut — ut zum Ausdruck gebrachten scharfen Gegensatz und die entschiedene Hervorhebung des nach dem letzten ut besprochenen Falles auch nur im mindesten rechtfertigen.

er eines dieser Rechte geltend gemacht hat, durch die bloße Wahl desselben das andre verloren haben. Durch die Konstruktion *tantum abest ut — ut* wird dieser Fall zu dem zuerst besprochenen nicht nur in Gegensatz gebracht, sondern auch vor demselben als der auffälligere und beachtenswerthere hervorgehoben. Gewiss verdient er es zu dem zuerst besprochenen Fall in Gegensatz gebracht zu werden. Denn im ersten Satze des *pr.* verfügt der Gesetzgeber, dass der in einer letztwilligen Verfügung Bedachte auf Grund dieser Verfügung nur als direkter Erbe oder als Universalvermächtnissnehmer auftreten dürfe, wenn der Erblasser ihm nur eines dieser Rechte vermacht hat; in dem zweiten Satze wird dasselbe aber auch für den Fall verfügt, dass der Erblasser dem Bedachten ausdrücklich beide Rechte, das eine bedingt, das andre unbedingt vermacht hat. Gewiss verdient der an zweiter Stelle besprochene Fall aber auch die ihm zu Theil gewordene Hervorhebung; denn während sonst der Wille des Erblassers sorgfältig respektirt wird und selbst dem nicht ausgedrückten Willen desselben z. B. in der Lehre vom Irrthum in weitgehendster Weise ausschlaggebende Bedeutung zuerkannt wird, wird hier der in gehöriger Form ausgesprochene Wille des Erblassers — nemlich, dass dem Bedachten im Falle des Nichtzustehens des einen Rechtes wenigstens das andre zustehen solle — für wirkungslos erklärt, und dadurch eine Beschränkung der *testamentifacio* herbeigeführt, welche im Vergleich mit den erwähnten Grundsätzen des römischen Rechts gewiss auffällig und beachtenswerth erscheint. Und für diese so grosse Rechtsanomalie wird keinerlei Rechtfertigung versucht.

In dem § 1 der L. 8 finden wir für unsren Zweck nichts Neues, sondern nur eine Bestätigung der schon im zweiten Satze des *pr.* getroffenen Verordnung. Es heisst dort, dass ein ungültiges Testament⁴⁾ nur dann als Codizill

4) Dass in der Stelle nicht von einer „*scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur*“, die Rede ist s. § 6 Note 10.

aufrecht erhalten werden könne, wenn es die Codizillarklausel habe, und es wird hinzugefügt „illo videlicet electionis iure perdurante etc.“ d. h. dass dabei das erwähnte Wahlrecht oder besser gesagt die erwähnte Wahlpflicht nicht zu vergessen sei.

Die erste Frage, die wir nun vor allen andern zu beantworten haben ist die, ob der Gesetzgeber den im ersten und den im zweiten Satze des pr. behandelten Fall ganz gleichmässig habe behandeln wollen. Das erste Bedenken, welches uns bezüglich der Gleichbehandlung der beiden Fälle aufsteigen könnte, stützt sich darauf, dass der erste Satz des pr. nur diejenige Eventualität erwähnt, wo Jemand zuerst als Testamentserbe auftritt und dann als Universalvermächtnissnehmer, während in dem zweiten Satze mit unzweideutigen Worten — *unius (sc. iuris) electione alterius aditum sibi praeclusisse* — auch die umgekehrte Eventualität in's Auge gefasst worden ist. Nach der Ansicht der meisten Erklärer unsres Gesetzes sind wir nun berechtigt hier eine Ungenauigkeit in der Fassung desselben zu konstatiren und anzunehmen, dass der Gesetzgeber im ersten Satze des pr. nur den wichtigsten, in der Praxis am häufigsten vorkommenden Fall erwähnt und den umgekehrten, weniger häufigen der Kürze halber oder aus Bequemlichkeit stillschweigend mitverstanden habe. Unserer Gesetzesstelle, welche bezüglich ihrer Fassung viel zu wünschen übrig lässt, ist nemlich eine solche Ungenauigkeit sehr wohl zuzutrauen. Und dass gerade diese Ungenauigkeit vorliegt, wird durchaus wahrscheinlich, weil ganz dieselbe Ungenauigkeit, die wir hier zu finden glauben, sich in § 1 ganz bestimmt nachweisen lässt. Dort spricht der Kaiser von dem bei einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente vorhandenen Wahlrecht, das so beschaffen sei, „ut qui ex testamento agere voluerit ad fideicommissum migrare non possit“; und doch wissen wir aus dem pr., dass das Wahlrecht auch im umgekehrten Fall stattfindet, dass hier also unzweifelhaft

der Kaiser unter dem häufigeren Falle den seltneren stillschweigend mit verstanden hat. Ganz dieselbe Ausdrucksweise kehrt auch in dem unten zu besprechenden § 2 unsres Gesetzes wieder ⁵⁾. Zum Ueberfluss können wir auch noch einen innern Grund für unsre Ansicht anführen. Wir haben gesehen, dass der Gesetzgeber die Entscheidung des zweiten Satzes des pr. als die auffälligere, das maius der im ersten Satze getroffenen gegenüber hinstellt. Gerade bezüglich dieser zweiten Entscheidung ist uns aber die weitere Ausdehnung des durch unsre l. 8 eingeführten Wahlrechts bezeugt. Wenden wir nun den Grundsatz in maiore inest minus an, so kommen wir zu dem Resultate, dass die weitere Ausdehnung jenes Wahlrechts sich auch auf die im ersten Satze getroffene Entscheidung erstreckt.

Aber auch in jeder Hinsicht möchte ich für den im ersten und den im zweiten Satze des pr. entschiedenen Fall, die durch die besondere Eigenthümlichkeiten eines jeden motivirten Abweichungen abgerechnet, die gleiche Behandlungsweise in Anspruch nehmen. Die Hauptgründe dafür sind die innere Verwandtschaft der beiden Fälle, welche ihre Behandlung nach gleichen Principien wahrscheinlich macht, und die gemeinsame Abhandlung beider in derselben Gesetzesstelle. Da nun der Kaiser die fernern Bestimmungen, die er über das durch unsre Stelle eingeführte Wahlrecht trifft, an den zweiten Fall anknüpft, so hätte er sich dabei einer ähnlichen vagen Ausdrucksweise bedient, wie wir sie ihm eben nachgewiesen haben, indem er nämlich für beide Fälle Geltung habende Bestimmungen ausdrücklich nur für den zweiten, allerdings wichtigeren und häufigeren trifft und stillschweigend darunter den ersten miteinbegreift.

Fassen wir den bis jetzt besprochenen Inhalt unsrer Constitution zusammen, so erhalten wir folgendes Resultat: „Der in einer letztwilligen Verfügung Eingesetzte darf

5) S. diese Stelle auf S. 96.

auf Grund dieser Verfügung nach seiner Wahl als Erbe oder Universalvermächtnissnehmer, aber nicht als Erbe und Universalvermächtnissnehmer auftreten, und dies kann er nicht einmal dann, wenn die letztwillige Verfügung ein mit der Codizillarklausel versehenes Testament ist.“ Im Folgenden haben wir nun die Erläuterung dieser Rechtssätze zu geben ⁶⁾.

Wenn wir es nun zunächst versuchen den juristischen Charakter unsres Wahlrechts und seine Stellung im Rechtssystem zu ermitteln, so wird uns bald klar werden, dass dasselbe eine vereinzelte und anomale Erscheinung ist, die sich keinem höhern Rechtsbegriffe unterordnen lässt. Der C. Th. führt für dasselbe einige Analogieen an, die der C. J. freilich nicht mehr enthält. Die erste davon passt gar nicht ⁷⁾; die beiden andern sind das alternative Recht des Patrons sich von dem Freigelassenen Dienste versprechen zu lassen und diese zu fordern oder einen Pflichttheil in Anspruch zu nehmen, und die früher der Ehefrau gesetzte Alternative nur die Dos oder das ihr im Testamente des Mannes Hinterlassene zu begehren ⁸⁾. In beiden heute unpraktischen Fällen ging durch die Wahl des einen Rechts das andre zu

6) Niemanden, dies wiederholen wir hier, ist es verwehrt, bezüglich desselben Nachlasses nacheinander als Erbe und Universalvermächtnissnehmer aufzutreten, es sei denn, dass sich beide Qualitäten auf dieselbe letztwillige Verfügung stützen. So verliert ein Intestaterbe, der von dem Vorhandensein eines Testaments Nichts wusste, wenn er als Intestaterbe angetreten hat, nicht das Recht später auf Grund des Testaments ein Universalvermächtniss zu verlangen. Ferner verliert ein in einem gültigen Testamente eingesetzter Erbe, der aus einem andern ungültigen Testamente, das er irriger Weise für gültig hielt, als Universalvermächtnissnehmer antritt, nicht das ihm deferirte Erbrecht. Vgl. über das diesen Fällen zu Grunde liegende Princip Franke im civil. Archiv Bd. XIX S. 177 fgg., insbes. S. 189—191.

7) Vgl. Franke a. a. O. S. 211.

8) Aufgehoben durch l. un. C. de r. ux. act. V 13.

Grunde. Aehnlicher noch praktischer Fälle gibt es im römischen Rechte mehrere, so z. B. das Recht des Verkäufers zwischen der *lex commissoria* und der Einforderung des Kaufpreises zu wählen, das Recht des Käufers zwischen der *actio redhibitoria* und der *actio quanti minoris* zu wählen und dergl. m.⁹⁾. Von allen diesen Fällen unterscheidet sich aber das uns interessirende Wahlrecht ganz wesentlich. Denn bei allen findet eine Wahl statt zwischen zwei dem Wählenden wirklich zustehenden Rechten, so dass derselbe also stets ein Recht erhält; in unsrem Falle verliert der Wählende aber auch dann das nicht gewählte Recht, wenn er ein ihm nicht zustehendes Recht in Anspruch genommen hat. Ausdrücklich erwähnt dieser Möglichkeit der unten zu besprechende § 2 unsres Gesetzes, welcher eine Ausnahme von der im pr. enthaltenen Regel statuirt und demjenigen, der einer gewissen Klasse von Personen angehört, die successive Geltendmachung der beiden Rechte gestattet, „*si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit forte superatus vel certe sua sponte voluerit*“. So besteht also die Singularität der durch l. 8 cit. getroffenen Bestimmungen darin, dass in Folge derselben Jemand durch die Geltendmachung eines ihm nicht zustehenden Rechtes, also durch einen nach allgemeinen Principien an und für sich rechtlich ganz bedeutungslosen Akt ein ihm zustehendes Recht verliert, obgleich jene Geltendmachung mit dem dadurch verlorenen Rechte in keinerlei Verbindung steht. Vorzüglich auffällig ist diese Bestimmung aber da, wo der Wählende sich auf ein mit der Codicillarklausel versehenes Testament berufen kann, wo also der Erblasser ihm ausdrücklich gestattet hat nach vergeblicher Berufung auf das eine Recht, das andre für sich in Anspruch zu nehmen.

9) Der erste Fall stützt sich auf l. 7 D. de lege comm. XVIII 3, der andre, auf l. 18 pr., l. 19 § 6 D. de aed. ed. XXI 1 und l. 25 § 1 D. de exc. r. iud. XLIV 2; weitere Fälle s. bei Savigny System Bd. V S. 256 fgg.

Wir warnen noch davor unser Wahlrecht in die Lehre von der Klagenkonkurrenz einzumengen. Bei dieser wird eine Klage ganz oder theilweise dadurch konsumirt, dass Jemand durch eine andre Klage erhält, was er mit jener fordern kann; bei unsrem Wahlrecht geht die eine Klage unter durch die Wahl der andern unabhängig von ihrem Erfolge.

Ebenso wenig darf man dasselbe mit der Lehre von der Ausschlagung einer Erbschaft und eines Universalvermöchtnisses zusammenbringen¹⁰⁾. Kann nämlich auch in der Geltendmachung eines Universalvermöchtnisses die Ausschlagung eines gleichzeitig zustehenden Erbrechts, sowie in der Geltendmachung eines Erbrechts die Ausschlagung eines gleichzeitig zustehenden Universalvermöchtnisses liegen, so ist doch ebenso gut der Fall möglich, dass in der Geltendmachung des einen dieser Rechte eine Ausschlagung des andern gleichzeitig zustehenden nicht liegt¹¹⁾. Ausdrücklich hebt unsre Stelle aber hervor, dass die successive Geltendmachung der beiden angegebenen Rechte verboten sein soll unter allen Umständen, nicht nur wenn die Wahl des einen eine Ausschlagung für das andere sei. Eine Beschränkung der Verordnung in diesem Sinne müsste erwähnt sein, wenn sie existirte. Gegen ihre Annahme spricht auch noch die Erwägung, dass es dem Geist der Constitutionengesetzgebung nicht gemäss ist, das bestehende Recht zu fixiren, am allerwenigsten, wenn die Constitution in Ausdrücken, wie sanci-

10) Direkt ist dies wohl nie geschehen, wohl aber indirekt durch Donellus, welcher diejenigen Fälle, in welchen durch die Wahl eine Ausschlagung des durch die Wahl verlorenen Rechtes nicht stattfand, von der Wirksamkeit der l. 8 cit. ausschliessen will.

11) Man denke z. B. an den Fall, wo Jemand als Universalvermöchtnissnehmer einen Nachlass in Anspruch nimmt, weil er irriger Weise durch ein Testament mit einem Universalvermöchtniss bedacht zu sein glaubt, während er in Wirklichkeit durch dasselbe als Erbe berufen ist.

mus u. dergl. abgefasst ist, dass aber die Grundsätze über den Verlust eines Erbrechts und eines Universalvermächtnisses durch Ausschlagung schon vor unsrer Constitution gesetzlich geregelt waren und durch dieselbe in keiner Weise modifizirt worden sind. Verordnet nun unsre Constitution überhaupt etwas Neues, so bezieht sie sich gerade vorzugsweise auf diejenigen Fälle, wo in der Wahl des einen Rechtes eine Ausschlagung des andern nicht enthalten ist.

Aus dem in den letzten Absätzen Gesagten ergibt sich folgendes: „Das Wahlrecht der l. 8 cit. nimmt eine ganz isolirte Stellung im Rechtssystem ein; bei seiner Besprechung dürfen auf keinerlei Weise Folgerungen für dasselbe gezogen werden aus den Grundsätzen, welche für die alternativen Rechte gelten, aus den Grundsätzen für die Klagenconcurrentz oder aus den Grundsätzen, welche den Verlust eines Erbrechts oder eines Universalvermächtnisses durch Ausschlagung regeln.“

Wenn wir jetzt nach der Aenderung des bestehenden Rechtes forschen, welche unsre Constitution bewirkt hat, so müssen wir vorher kurz die Grundsätze skizziren, welche vor Erlass jener Constitution auf die uns interessirende Wahl Anwendung fanden. Damals ging für den in einer letztwilligen Verfügung Eingesezten durch die Geltendmachung des einen Rechtes — sei es des Erbrechtes sei es des Rechtes aus dem Universalvermächtniss — das andere nur dann verloren, wenn in der Geltendmachung des einen eine Ausschlagung des andern lag. Vorbedingung für eine gültige Ausschlagung war nun damals, und ist auch noch heute unter andern¹²⁾

12) Auf die persönlichen Eigenschaften wie Handlungsfähigkeit, Grossjährigkeit u. s. w. (vgl. Windscheid § 599 und 643), welche für Ausschlagung und Antretung gemeinschaftlich gelten, brauchen wir hier kein Gewicht zu legen. Denn die zur Antretung einer Erbschaft bez. eines Universalvermächtnisses erforderlichen persönlichen Eigenschaften muss zweifellos auch derjenige besitzen,

bei der Erbschaft Delation, bei dem Universalvermächtniss Anfall, sowie Wissenschaft des Ausschlagenden, dass und wie diese Delation bez. dieser Anfall erfolgt sei¹³⁾. Waren freilich diese Erfordernisse vorhanden, so konnte die Ausschlagung nicht bloß durch eine ausdrücklich darauf gerichtete Erklärung, sondern auch durch jede konkludente Handlung erfolgen¹⁴⁾; eine solche Handlung lag aber in der Geltendmachung eines mit dem wirklich angefallenen Rechte unvereinbaren Rechtes¹⁵⁾. Wenn jedoch eine Delation bez. ein Anfall des nicht geltend gemachten Rechtes nicht stattgefunden hatte oder wenn doch der Wählende keine hinlängliche Kenntniss von diesem Ereigniss besass, so konnte auch niemals von einer Repudiation des nicht geltend gemachten Rechtes die Rede sein, auch dann nicht, wenn der Bedachte ein damit unvereinbares Recht beansprucht hatte; es stand demselben vielmehr die spätere Geltendmachung des nicht gewählten Rechtes jederzeit offen, vorausgesetzt freilich, dass das in Anspruch genommene, mit dem nicht gewählten unvereinbare Recht dem Wählenden nicht zustand, oder dass doch seine Antretung eine nichtige war.

Änderungen dieses Rechtes sind durch unsre Constitution vorzüglich nach zwei Richtungen hin bewirkt worden. Vor derselben konnte erstens niemals eine noch nicht defe-

welcher das von uns besprochene Wahlrecht ausübt. Dasselbe wird ja gerade dadurch ausgeübt, dass er eine solche Handlung vornimmt, wie sie Jemand vornimmt, der eine Erbschaft oder ein Universalvermächtniss antritt.

13) Vgl. Windscheid § 599 und 643.

14) l. 95 D. de acq. her. XXIX 2, Windscheid a. a. O.

15) l. 8 D. de her. pet. V 3, l. 17 § 1, l. 60, l. 97 D. de acq. her. XXIX 2, Franke a. a. O. insbes. S. 190. In dem Fall, wo Jemand weiss, dass er als testamentarischer Erbe berufen ist und doch als Universalvermächtnissnehmer auf Grund einer Codizillarklausel antreten will, ist die Ausschlagung der Erbschaft sogar Vorbedingung für die Möglichkeit dieser Antretung, weil ohne jene Ausschlagung das Universalvermächtniss gar nicht angefallen ist.

rirte Erbschaft oder ein noch nicht angefallenes Universalvermächtniss durch die Wahl eines andern Erbrechts oder Universalvermächtnisses verloren gehen. Die Ausübung unsres Wahlrechts macht aber auch dann die spätere Geltendmachung des nicht gewählten Rechts unmöglich, wenn dasselbe bei der Wahl noch nicht deferirt bez. angefallen war¹⁶⁾. Dies folgt daraus, dass die l. 8 cit. schlechthin die Geltendmachung des einen Rechts nach dem andern versagt und einer Ausnahme zu Gunsten des zur Zeit der Wahl noch nicht deferirten bez. angefallenen Rechts in keiner Weise Erwähnung thut. Der Umstand, dass nur ein wirklich angefallenes Recht ausgeschlagen werden kann, ist kein Grund gegen unsere Behauptung, weil, wie wir gesehen haben, die für die Ausschlagung geltenden Grundsätze für unser Wahlrecht ohne Bedeutung sind. Bei demselben geht hier, ohne dass eine Ausschlagung überhaupt möglich war, in Folge kaiserlicher Verordnung durch die bloße Wahl eines Rechts ein anderes zu Grunde¹⁷⁾.

Vor unserer Constitution konnte zweitens ein deferirtes Erbrecht oder ein angefallenes Universalvermächtniss durch die Wahl eines andern Erbrechts oder Universalvermächtnisses nur dann verloren gehen, wenn *vera et certa scientia* der Delation bez. des Anfalls des verloren gegangenen Rechts vorhanden war. In dem Falle unserer Constitution ist diese *vera et certa scientia* nicht erforderlich. Begründen lässt

16) Auffallender Weise erwähnt keiner der Interpreten unsres Gesetzes diese durch dasselbe herbeiführte Aenderung des bestehenden Rechts.

17) Ob das gewählte Recht angefallen war oder nicht, macht was den Verlust des nicht gewählten Rechts anbetrifft keinen Unterschied; für den Fall, dass das gewählte Recht nach der Wahl anfällt, trifft unsere Constitution keine neuen Bestimmungen, dasselbe kann nach seinem Anfall wieder geltend gemacht werden, weil ein Recht durch Geltendmachung vor seinem Entstehen nicht am Entstehen gehindert wird.

sich diese Aenderung des bestehenden Rechts ganz so, wie die vorige; um das Requisite der *vera et certa scientia* der Delation bez. des Anfalls des nicht gewählten Rechts für den Untergang dieses Rechts durch Ausübung unseres Wahlrechts aufzustellen, müssten wir davon wenigstens eine Andeutung in unseren Quellen finden, eine solche fehlt aber gänzlich. Die gegenwärtige Aenderung besitzt überhaupt viele Aehnlichkeit mit der eben besprochenen; beide erklären Vorbedingungen der gültigen Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Universalvermächtnisses für überflüssig beim Untergang dieser Rechte durch Ausübung des von uns besprochenen Wahlrechts.

Wenn wir noch etwas bei dieser letzten Aenderung verweilen, so geschieht dies darum, weil dieselbe bei den meisten neuern Erklärern unseres Gesetzes eingehender besprochen und als die eigentliche, ja z. B. bei Fein, Franke als die einzige Anwendungssphäre unserer Constitution hingestellt wird. Fein sagt, dass er nicht nur die mit klarer Einsicht in die juristischen und faktischen Verhältnisse des einzelnen Falles, sondern auch die im Irrthum vorgenommene *electio* als verbindend ansehe, und meint gerade letztere *electio* sei es, welche erst in Folge unserer Constitution verbindend geworden sei. Im Laufe seiner Erörterung zeigt sich aber, dass er unter der im Irrthum vorgenommenen *electio* z. B. nicht den Fall versteht, wo Jemand, der in einem gültigen, mit gültiger Codizillarklausel versehenen Testamente eingesetzt ist, sich für das Universalfideikommiss entscheidet, weil er dasselbe irriger Weise für vortheilhafter hielt als die direkte Erbschaft — ein Fall, in welchem zweifellos schon vor unserer Constitution die Wahl verbindend war —, sondern nur diejenigen Fälle, in welchen es dem Wählenden an der *vera et certa scientia* der Delation bez. des Anfalls des nicht gewählten Rechts fehlt. Fein wendet sich gegen Donellus, dem dieselbe Ungenauigkeit im Ausdruck zur Last fällt, der aber den Irrthum als ein die verbindende Wahl ausschlies-

sendes Moment hinstellt. Insofern Donellus eine andre Wirksamkeit unserer Constitution nicht hervorhebt, erkennt er eine Aenderung des bestehenden Rechts durch dieselbe nicht an.

In einem Falle billigt aber auch Fein die Ansicht des Donellus; er hält eine im Irrthum getroffene Wahl für unverbindlich, wenn der Bedachte in einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente eingesetzt war und von der Existenz dieser Codizillarklausel, etwa weil durch Versehen sich dieselbe in der ihm mitgetheilten Abschrift des Testaments nicht fand, keine Kenntniss hatte. Träte hier der Bedachte, so meint Fein, als Erbe an und entdecke später die Ungültigkeit des Testaments, so solle er sich noch an die Codizillarklausel halten können, weil die Antretung nicht als Ausübung eines Wahlrechts angesehen werden könne, da dem Bedachten auch nicht die Möglichkeit auf anderm Wege als dem gewählten zum Ziele zu kommen, vorgeschwebt habe. In gleichem Sinne kann aber auch bei demjenigen, welcher von dem Vorhandensein der Codizillarklausel zwar weiss, dieselbe aber irriger Weise für unwirksam hält, die Antretung als Erbe nicht als Ausübung eines Wahlrechts betrachtet werden, weil auch hier dem Bedachten die Möglichkeit auf anderm Wege als durch die *hereditatis petitio* zum Ziele zu kommen gar nicht vorschwebte. Und doch will Fein die in solchem Irrthum vorgenommene Wahl nicht als unverbindlich anerkennen. Es unterscheiden sich nun die beiden Fälle dahin, dass in dem einen gar keine *scientia* des erfolgten Anfalls des durch die Wahl verlorenen Rechts vorhanden ist, während im andern eine falsche *scientia* vorliegt. Unsere Constitution legt aber auf diesen Unterschied kein Gewicht, und dass dies ganz mit Recht geschieht folgt besonders aus Savigny System Bd. III S. 111, wo der berühmte Rechtsgelehrte ausdrücklich hervorhebt, dass das Wesentliche beim Irrthum der Mangel einer wahren Vorstellung sei, und darum Unwissenheit und Irrthum juristisch voll-

ständig gleichständen. Ob daher der Wählende keine scientia der geschehenen Delation bez. des Anfalls des nicht gewählten Rechts besass oder eine falsche scientia davon hatte, ist gleichgültig, und die von Fein geltend gemachte Ausnahme unbegründet.

In praktischer Beziehung wirkt unsere Constitution noch nach einer weitem Richtung rechtsändernd. Wir haben schon gesagt, dass die Geltendmachung des einen Rechts nur dann den Verlust des andern herbeiführte, wenn in der Geltendmachung des einen eine Ausschlagung des andern enthalten war. Da nun zu dieser Ausschlagung Anfall des nicht gewählten Rechts und vera et certa scientia dieses Anfalls gehörte, so genügte es nicht, dass derjenige, welcher von dem Bedachten mit der Klage aus der Erbschaft oder dem Universalvermächtniss belangt wurde, dieser Klage die Einrede der Kläger habe schon das andre Recht geltend gemacht entgegengesetzte — denn die Geltendmachung an und für sich d. h. ohne Ausschlagung war ja eine indifferente Thatsache —, sondern er musste auch beweisen, dass in dieser Geltendmachung des einen Rechts eine Ausschlagung des andern gelegen habe, also auch, dass das nicht gewählte Recht zur Zeit der Wahl angefallen war und dass der Wählende von diesem Anfall Kenntniss hatte¹⁸⁾. Besonders diese Kenntniss als eine bloß innere Thatsache wird sich sehr oft dem Beweise entzogen haben und dadurch war in praxi eine Geltendmachung des bereits ausgeschlagenen Rechts häufig möglich, sei es nun, dass diese erfolgte, weil dem Wählenden das gewählte Recht gar nicht zustand, sei es weil er aus purer Willkür oder gar Chikane die einmal getroffene Wahl zu ändern für gut fand¹⁹⁾. Der angegebene Beweis ist nun durch die besprochene Constitution nicht nur überflüssig ge-

18) S. Franke a. a. O. bes. S. 187 fgg.

19) Letzteres war freilich nur da möglich, wo ein Aufgeben des einmal gewählten Rechts stattfinden konnte, z. B. vor dem Anfall des gewählten Rechts.

worden, sondern sogar der vom Wählenden selbst erbotene Beweis des nicht vorhanden gewesenen Anfalls oder seiner vorhanden gewesenen Unkenntniss dieses Anfalls kann demselben Nichts mehr nützen.

Wir haben noch zu erwägen, wann die Wahl in bindender Weise d. h. so getroffen ist, dass das nicht gewählte Recht durch dieselbe verloren gegangen ist. Donellus (unter den Neuern z. B. Windscheid § 631 N. 13) glaubt das Wahlrecht erst konsumirt durch die in der Klage bez. Klagebeantwortung enthaltene Erklärung. Darauf weise der Wortlaut der Constitution „si quis agere ex testamento voluerit“, „ab ipsis intentionis (was Godofredus als gleichbedeutend mit actionis versteht) exordiis“ hin, ganz besonders aber der Schlusssatz „ita ut, sive bonorum possessionem secundum tabulas vel secundum nuncupationem ceterasque similes postulaverit aut certe mitti se in possessionem ex more petierit, statim inter ipsa huius iuris auspicia propositum suae intentionis explanet“, worin ausdrücklich auf etwas von der bonorum possessio Verschiedenes ihr Nachfolgendes, als das Entscheidende hingewiesen sei. Die beiden ersten Citate sind nun von unzweifelhaft geringer Bedeutung, der angeführte Schlusssatz lässt sich aber sogar viel natürlicher und einfacher dahin erklären, dass derjenige, welcher in Zukunft bonorum possessio s. t. u. s. w. nachgesucht haben werde, hierbei sofort, also bei einem nicht processualischen Akte seinen nachher unabänderlichen Entschluss an den Tag lege. Aus diesem Grunde halte ich die von Fein vertretene Ansicht, dass auch die aussergerichtliche Wahl bindend sei, für richtig. Dafür spricht auch noch der Passus „qui hereditatem petit, ab ipsis intentionis exordiis, utrum velit, eligendi habeat potestatem sciens unius electione alterius sibi aditum praeclusisse“, wo nur von einer Wahl überhaupt, nicht von einer Wahl durch Klage die Rede ist. Gefährlich ist es sich auf die im Theodosianischen Codex unserer Verordnung beigefügten Analogieen zu berufen, bei denen frei-

lich aussergerichtliche Wahl bindend war; denn die grosse innere Verschiedenheit der angeführten Beispiele mit unserm Falle lässt es als ungerechtfertigt erscheinen, weitere Folgerungen aus denselben für diesen zu ziehen ²⁰⁾.

Die Eventualität, dass zwei Erben in einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente eingesetzt sind und der eine als direkter Erbe, der andre als Universalvermächtnissnehmer antritt, bespricht Mayer a. a. O. § 23 Anm. 18 und löst sie in sehr verwickelter Weise. Siegt der Universalvermächtnissnehmer, so kann es allerdings nicht zweifelhaft sein, dass er allein berufen wird, und der Miteingesetzte, der das nicht zustehende Recht geltend gemacht hat, das zustehende verliert. Siegt aber der direkte Erbe, so meint Mayer ständen wir vor dem Dilemma entweder dem Universalvermächtnissnehmer sein Recht abzusprechen, und darin läge eine grosse Ungerechtigkeit, weil er ein ihm zustehendes Recht in einer ihm zustehenden Weise geltend gemacht habe, oder es ihm zu gewähren und dabei mit dem Rechtsgrundsatz „nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest“ in Collision zu gerathen. Beides sei rechtlich unmöglich, wir müssten ein Auskunftsmittel suchen; dieses findet Mayer indem er von den Miterben eine Einigung über ihre Wahl verlangt, ehe ihr Recht eine Wirksamkeit äussern könne. Die richtige Entscheidung dieses Falles würde sein den direkten Erben allein zu berufen und den Universalvermächtnissnehmer

20) Die Unrichtigkeit der Mühlenbruch'schen Behauptung (der Städel'sche Beerbungsfall S. 280), dass das Wahlrecht nur durch die in der Klage nicht durch die in der Klagbeantwortung enthaltene Erklärung ausgeübt werde (ebenso Seuff. Archiv VIII 71) wird heute, insbesondere nach den Ausführungen Seufferts wohl allgemein zugegeben. Auch vertheidigt wohl Niemand mehr den einer Entscheidung des Kieler Oberappellationsgerichts (Seuff. Archiv V 204) zu Grunde liegenden Gedanken, dass die Cumulation der beiden Ansprüche in derselben Klagschrift zulässig sei. Vgl. dagegen Fein a. a. O.

mit allen seinen Ansprüchen abzuweisen, weil er ein ihm nicht zustehendes Recht geltend gemacht hat. Denn da Vorbedingung für die Wirksamkeit der Codizillarklausel die Unwirksamkeit des Testaments ist, dem sie hinzugefügt ist, dieses Testament aber durch den Wegfall nur eines Erben, wenn mehrere in demselben ernannt sind, nicht destitut wird, so fällt in unserm Falle das durch die Codizillarklausel hinterlassene Universalvermächtniss gar nicht an und kann auch gar nicht in Anspruch genommen werden²¹⁾.

21) Hieran anschliessend müssen wir noch einen andern Irrthum widerlegen, den ebenfalls Mayer a. a. O. § 24 II 3 vorträgt und der sich auf die gleiche Voraussetzung stützt, wie der im Text widerlegte, nämlich auf die Voraussetzung, dass bei einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente die Delation der Erbschaft und der Anfall des Universalvermächtnisses zu gleicher Zeit stattfänden. Mayer meint, dass wenn der in einem mit der Codizillarklausel versehenen Testamente eingesetzte Erbe nach der Delation, aber vor der Acquisition stirbe und auf seine Erben transmittire, auch das ihm zustehende Wahlrecht auf seine Erben überginge, so dass diese befugt seien durch Ausschlagung das Testament zu destituiren und die Erbschaft alsdann als Universalvermächtniss in Anspruch zu nehmen. Mayer geht sogar noch weiter und meint besonders wichtig sei die Codizillarklausel für die Erben dann, wenn keine Transmission stattfände; stirbe nämlich hier der Erbe nach der Delation, aber vor der Acquisition der Erbschaft, so könnten die Erben des Erben aus der Person ihres Erblassers ein Universalvermächtniss fordern, da bekanntlich ein solches nach dem dies cedens auf die Erben übergeht. Es verwandle sich gleichsam die Erbschaft bei den Erben des Erben in ein Universalvermächtniss, indem das Erbrecht durch den Tod des Erben unterginge, das andre Recht aber weiter vererbe. Alles dies ist aber unrichtig, weil der dies cedens des Universalvermächtnisses nicht zugleich mit der Delation der Erbschaft eintritt. Das Universalvermächtniss fällt erst an, wenn das Testament unwirksam ist d. h. die Delation der Erbschaft durch Ausschlagung oder auf andre Weise aufgehoben ist. Stirbt daher ein Erbe nach der Delation einer Erbschaft, aber

Wenn Mayer noch weiter glaubt, dass dieselbe Verwicklung eintrete, wenn ein Erbe und ein Legatar in dem eventuell convertibaren Testamente eingesetzt seien, so übersieht er, dass das von uns besprochene Wahlrecht, wie aus unserer ganzen Erörterung und den citirten Quellenaussprüchen sich ergibt, nur dem Erben, nicht aber dem Legatar zusteht.

Von seiner Verordnung hat Kaiser Theodosius in § 2 der l. 8 cit. eine wichtige Ausnahme zugelassen:

„Si quis vero ex parentibus utriusque sexus ac liberis usque ad quartum gradum agnationis vinculis alligatus vel cognationis nexu constrictus usque ad tertium scriptus heres fuerit vel nuncupatus in eo videlicet testamento, quod testator vicem quoque codicillorum voluit obtinere, licebit ei, si de hereditate ex testamento secundum mortui voluntatem agens fuerit forte superatus, vel certe ipse sponte voluerit, ad fideicommissi subsidium convolare: non enim par eademque ratio videtur amittere debita et lucra non capere“.

Die ungenaue Fassung auch dieses Paragraphen hat viele Punkte desselben streitig gemacht.

Unzweifelhaft ist, dass durch denselben diejenigen Fälle, in welchen in der Geltendmachung des einen Rechts eine Ausschlagung des andern liegt, gar nicht berührt werden, indem er nur eine Ausnahme von der Regel des pr. begründen soll.

Die Ausnahme bezieht sich nicht nur auf den Fall, wo ein Ascendent oder Descendent zuerst als Testamentserbe und dann als Universalvermächtnissnehmer auftritt, obwohl nur dieser Fall ausdrücklich erwähnt wird, sondern auch auf den

vor ihrer Acquisition, so kann von einem Geltendmachen derselben als Universalvermächtniss durch seine Erben niemals die Rede sein, weil der Erbe das Recht auf das Universalvermächtniss, welches nicht einmal ihm selbst angefallen war, auf seine Erben nicht übermachen kann. Dieser Erwägung gegenüber verdienen die von Mayer § 24 Anm. 20 und 21 gemachten Bemerkungen keine Beachtung.

umgekehrten. Wir haben es hier mit einer Flüchtigkeit des Ausdrucks zu thun ²²⁾).

Giphanius will die Ausnahme nicht für den im ersten Satze des pr. erwähnten Fall gelten lassen. Wir haben bereits oben ²³⁾ bemerkt, dass wir diesen und den zweiten Fall ganz gleich behandeln, und die Erwähnung nur eines Falles als eine Ungenauigkeit in der Formulirung des Gesetzes ansehen. Es liegt auch kein vernünftiger Grund vor Ascendenten und Descendenten in dem ersten Fall weniger zu bevorzugen als im zweiten. Wenn aber Fein hierbei hervorhebt, dass der Kaiser den zweiten Fall als das maius dem ersten gegenüber hingestellt habe und schon desshalb nach dem Grundsätze in maiore inest minus die Ausnahme auch auf den ersten Fall ausdehnen will, so vergisst er hierbei, dass dasjenige, was für die Regel das maius, für die Ausnahme das minus ist. Hat der Kaiser für die gewöhnliche Ausdehnung, das minus einer Regel eine Ausnahme statuirt, so ist sie dadurch auch wahrscheinlich für die weitere Ausdehnung das maius derselben. Aber die Beschränkung der weitem Ausdehnung der Regel begründet an und für sich keine Vermuthung für die Beschränkung der Regel überhaupt.

Der Ausdruck debita amittere bezieht sich nicht auf den Pflichttheil, obwohl derselbe häufig mit debitum bezeichnet wird; es liegt darin nur eine Anerkennung der gewissermassen naturaliter zwischen Ascendenten und Descendenten bestehenden Verpflichtung sich gegenseitig in ihrem Testamente zu bedenken. Dies folgt daraus, dass der Pflichttheil durch eine letztwillige Verfügung nicht entzogen werden kann, hier aber von einem debitum die Rede ist, welches durch eine letztwillige Verfügung verloren geht. In gleichem Sinn kommt übrigens debitum noch öfter vor ²⁴⁾. So findet unsere Ausnahme

22) Vgl. S. 82 fg.

23) Vgl. S. 83.

24) l. un. C. de imp. lucr. desc. X 35 al. 36. cf. l. 1 § 12 D. de succ. ed. XXXVIII 9, tit. D. de leg. praest. XXXVII 5.

nicht nur für die pflichttheilsberechtigten, sondern für alle Ascendenten und Descendenten bis zum vierten bez. dritten Grade der Verwandtschaft statt. Da ein solches naturale debitum auch den in Adoption gegebenen Kindern und dem minus plene adoptatus gegenüber besteht, so wird von den meisten Erklärern auch diesen das Privilegium des § 2 ertheilt.

Der Unterschied zwischen Agnaten und Cognaten ist nirgendwo, insbesondere nicht in Novelle 118 in seiner Allgemeinheit aufgehoben²⁵⁾. Der vorliegende Fall ist einer der wenigen, in welchen er noch zur Geltung kommt. Zu rechtfertigen ist er für das heutige Recht nicht mehr, aber hier wenigstens von der allergeringsten praktischen Bedeutung.

Die Worte „usque ad quartum gradum etc.“ beziehen sich ebenso auf die Ascendenten, wie auf die Descendenten. Dagegen Mackeldy § 704 und Rosshirt I. S. 65, welche das Gesetz für Ascendenten in infinitum wirken lassen. Einen innern Grund die Ascendenten hier anders zu behandeln als die Descendenten gibt es wohl nicht; die Worte usque ad quartum gradum etc. bilden in der Constitution einen Zusatz zu parentes utriusque sexus ac liberi. Praktisch wird wohl auch diese Streitfrage niemals werden.

25) Anderer Meinung Sintenis, pr. Civilrecht III § 208 Anm. 13.

Lebenslauf.

Am 27. Januar 1858 wurde ich zu Aachen geboren, wo mein Vater der Rentner Franz Freiherr von Coels und meine Mutter Josephine geb. van Houtem noch leben. Den ersten Unterricht empfang ich im Elternhause; im Herbst 1866 trat ich in die Sexta des Aachener Gymnasiums ein, auf welchem ich bis zum Herbst 1874 verblieb. Von dieser Zeit an widmete ich mich dem Studium der Rechte, besuchte die Universitäten Bonn, Leipzig und Berlin und hörte Vorlesungen der Professoren Binding, Friedberg, Gneist, Hälschner, Hinschius, Lörsch, Roscher, Schlossmann, v. Schulte, Sell, v. Stintzing, Stobbe, Wach und v. Wächter. Allen diesen verehrten Lehrern spreche ich den herzlichsten Dank für die Anregung aus, welche mir durch sie zu Theil geworden ist.

Im Herbst 1877 bestand ich zu Cöln die erste juristische Prüfung und wurde am 29. October desselben Jahres beim Landgerichte zu Aachen als Referendar vereidigt.

Thesen.

1. Die zwischen Gläubiger und Schuldner getroffene Uebereinkunft, der Gläubiger solle die Forderung nicht cediren, hindert denselben nicht an der Cession.

2. Die am Schlusse der l. 7 § 1 D. sol. matr. XXIV 3 getroffene Entscheidung lässt sich nicht mit den in derselben Stelle über die Theilung der Früchte eines Dotalgrundstücks zwischen dem Rückempfänger der Dos und dem Restituirenden aufgestellten Grundsätzen vereinigen.

3. Beim Distanzkauf wird die Anstellung der Klagen wegen Nichtempfangbarkeit der Waare nicht durch die sofortige Untersuchung, sondern durch die rechtzeitige Rüge-Anzeige an den Verkäufer bedingt.

4. Die Rechtsfähigkeit einer Person ist zu beurtheilen nicht nach den an ihrem Domizil, sondern nach den an dem Orte, wo das betreffende Rechtsverhältniss seinen Sitz hat, geltenden Rechtssätzen.

5. Die Schuld des intellektuellen Thäters eines Delikts kann nicht nur Vorsatz, sondern auch Fahrlässigkeit sein.

6. Unser St.-G.-B. vermischt in § 196 zwei Verbrechen, die Amtsehrenbeleidigung und die Dienstehrenbeleidigung, welche ihrer innern Verschiedenheit wegen gesonderter Behandlung bedürften.

Coels, Franz von

Die Lehre von der sogenannten Conversion eines unwirksamen Testaments in
ein wirksames Codizill nach gemeinem Rechte Inaugural-Dissertation zur
Erlangung der Doctorwürde bei der juristischen Fakultät der Rheinischen
Friedrich-Wilhelms-Universität zu Bonn

Bonn 1879

J.rom.m. 112 bf

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566563-6